7 ռոm. մհ.

385 ռ-2

Meditationen

über

verschiedene

Rechtsmaterien

von

zweien Rechtsgelehrten

August Wilhelm Overbeck

Stadtsyndikus in Lipstadt

und

Bernhard Ludewig Overbeck

Fürstlich Lippischem Amtsrathe in Schwalenberg.

Zweiter Band.

Dritte verbesserte Auflage.

Hannover,

im Verlag der Hahnschen Buchhandlung

1796.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorbericht

zu dieser dritten Auflage.

Von diesem zweiten Bande der Meditationen erfolgt nunmehr auch die verbesserte dritte Auflage, bei welcher wir, da wo wir es nöthig fanden, manche Zusätze angebracht, und die neuere Literatur, so viel wir konnten, nachgeführt haben.

Von den übrigen Bänden, davon noch hinlänglich Exemplare vorräthig sind, werden wir bis nach deren Absatz, noch keine neue Auflage liefern können.

Vorerinnerung
zur ersten Ausgabe.

Verschiedene nicht vorher gesehene Verhinderungen haben wider unsern Willen die Herausgabe dieses zweiten Bandes der Meditationen verzögert. Wir hoffen aber, die noch folgenden Bände desto geschwinder fortsetzen zu können.

Den in diesem Bande eingerückten Abhandlungen über einzelne Rechtsmaterien haben wir noch mehr Vollkommenheit, wie den erstern zu geben gesuchet, und jedes Urtheil, welches uns über den ersten Band bekannt geworden ist, sorgfältig genutzet. Deswegen haben wir auch in diesem Bande, nach dem Wunsche Einiger, mehr die

Fälle

Fälle vorausgeschickt, welche die Untersuchung mancher streitigen Rechtsmaterien veranlasset haben; und vielleicht dadurch unsere Meditationen noch brauchbarer und angenehmer gemacht.

Wir wünschen, daß auch dieser Band die günstige Aufnahme erhalten möge, womit der erste, unter andern auch in dem 19ten Stück des zweiten Bandes der zu Erlangen herauskommenden juristischen Litteratur von 1780 aufgenommen ist, und daß wir auch hiebei unsern Zweck, besonders für angehende Rechtsgelehrte diese Meditationen brauchbar zu machen, nicht verfehlet haben.

Verzeichniß
der Meditationen des zweiten Bandes.

LV.

Seite

Wenn derjenige, der bei Subhastationen den letzten Both gethan hat, nicht bezahlen kann, so ist der vorherbietende nicht schuldig, für seinen Both die Sache anzunehmen. 1

LVI.

Die Erben einer Frau, die sich für ihren Mann verbürget, haben alsdenn nicht nöthig aus der Bürgschaft zu bezahlen, wenn sich die Frau der Auth. si qua mulier nicht eidlich begeben hat. 6

LVII.

Durch die L. 2. C. de annal. except. ist die Wiedereinsetzung in vorigen Stand, wegen der Abwesenheit eines Dritten nicht aufgehoben. 11

LVIII.

Der Erbzinsmann kann sein Erbzinsgut frei auf einen andern, den Verkauf ausgenommen, transferiren, ohne daß er nöthig hätte,

te, solches vorher dem Erbzinsherrn anzuzeigen. Seite 18

LIX.

Wenn der Erbzinsmann innerhalb drei Jahren nur einen Theil des Kanons bezahlt, oder dem Erbzinsherrn angeboten hat, so wird er des Erbzinsguts nicht verlustig. 27

LX.

Wenn von mehrern Erben einige den Kanon in der gesetzlichen Zeit nicht bezahlet haben, so geht nicht das ganze Erbzinsgut, sondern nur deren ihr Theil verlohren. 32

LXI.

Der Erbzinsmann ist schuldig, von den vergangenen Jahren den rückständigen Kanon nachzubezahlen, wenn ihm wegen nicht bezahlten Kanons das Erbzinsgut genommen ist. 37

LXII.

Hat ein Fuhrmann vorsetzlich den Zoll verfahren, so werden die Waaren, welche einem andern, als dem Fuhrmanne gehören, nicht verwirkt, und fallen nicht dem Fiscus anheim. 42

LXIII.

Dem Gläubiger ist es nicht erlaubt, über die fällige Zinsen sich eine besondere Handschrift ausstellen zu lassen, und sie zu einem neuen Kapital zu schlagen. 52

LXIV.

LXIV.

Die auf den Zinswucher gesetzte Strafe findet alsdenn nicht statt, wenn sich jemand höhere Zinsen zwar hat versprechen lassen, aber solche nicht eingefordert hat. Seite 59

LXV.

Die actio pignoratitia geht nicht gegen den dritten Besitzer des Pfandes. 65

LXVI.

Eine Novation kann nicht durch wahrscheinliche Muthmaßungen erwiesen werden, sondern es werden dazu deutliche Worte, und die ausdrückliche Aufhebung der ersten Obligation erfordert. 70

LXVII.

Zur Anweisung (delegatio) wird eben so wie zur Novation erfordert, daß solche mit ausdrücklichen Worten geschehe. 77

LXVIII.

Bei Abtretung der Erbschaft ist der malae fidei possessor nicht schuldig, Zinsen, die er von den Erbschaftsgeldern hätte heben können, zu restituiren. 81

LXIX.

Bei der Schätzung der Früchte, die man hätte heben können, sieht man nicht darauf, ob sie der Besitzer, sondern ob sie der wahre Herr der Sache hätte heben können. 84

LXX.

Ein Erbzinsmann kann dem Obereigenthumsherrn wider dessen Willen das Erbzinsgut nicht zurückgeben; eben so wenig wie solches auch ein Meier zu thun berechtiget ist. S. 86

LXXI.

Wetten, die über ganz indifferente Sachen eingegangen, sind gültig und verbindend. 90

LXXII.

Zum Verkauf unbeweglicher Güter eines Pupillen wird die Subhastation nicht nothwendig erfordert. 96

LXXIII.

Wenn gleich die in den Gesetzen vorgeschriebene Erfordernisse bei dem Verkauf der unbeweglichen Güter eines Pupillen beobachtet sind, so kann dieser sich doch dagegen in vorigen Stand setzen lassen, falls er durch den Verkauf verletzt sein sollte. 102

LXXIV.

Wenn durch ein von dem Landesherrn erlangtes Rescript der Verkauf eines Grundstücks des Pupillen genehmiget ist, so werden weiter keine Solennitäten erfordert. 107

LXXV.

Die Zinsen hören deswegen nicht auf zu laufen, wenn jemand ein Moratorium erhalten hat. 113

LXXVI.

LXXVI.

Bei der Erbfolge des Ascendenten nimmt man auf die Verschiedenheit der Güter keine Rücksicht. Seite 124

LXXVII.

Frauenspersonen, die vermöge der Beleihung oder Investitur im Lehne succediren können, werden der Erbfolge dadurch nicht unfähig, wenn sie gleich schon wegen Konkurrenz des Mannsstamms durch diesen einmal davon ausgeschlossen sind. 132

LXXVIII.

Der Vater hat nach den Verordnungen des römischen Rechts nicht nöthig, seiner Tochter einen Brautschatz zu geben, wenn sie eignes und hinlängliches Vermögen für sich hat. 144

LXXIX.

Vater und Mutter erben zwar der Regel nach, ihrem Sohne zu gleichen Theilen, doch behält der Vater Zeit seines Lebens an denjenigen Gütern den Niesbrauch für sich allein, in welchen er ihn bei Lebzeiten seines Sohns gehabt hat, und die Mutter erhält nur blos an ihrem Theil ein Eigenthum. 152

LXXX.

Geschwister heben durch die querela inofficiosi testamenti das ganze Testament auf. 159

LXXXI.

LXXXI.

Die paulianische Klage findet nicht statt, wenn ein Schuldner die ihm zugefallene Erbschaft nicht annehmen will. Seite 164

LXXXII.

Ein Bürge kann sich der Einrede der Verjährung nicht bedienen, wenn der Gläubiger den Hauptschuldner gemahnet, und dadurch die Verjährung interrumpiret hat. 168

LXXXIII.

Enkel können das grosväterliche Testament nicht durch die querela inofficiosi testamenti anfechten, wenn ihr Vater in demselben aus einer rechtmäßigen und in den Gesetzen gegründeten Ursach enterbet worden ist. 175

LXXXIV.

Rechtmäßig enterbte Kinder werden bei Berechnung des Pflichttheils immer mitgezählt. 184

LXXXV.

Kinder dürfen ihre Eltern nicht stillschweigend übergehen, wenn sie über ihr peculium quasi castrense testiren. 195

LXXXVI.

Der Bürge eines Pupillen verliert seine Forderung nicht, wenn er die Vormundschaft übernimmt. 201

LXXXVII.

Wenn wegen eines im Kontrakte zugefügten Schadens aus dem aquilischen Gesetze geklagt

klagt wird, so muß dabei der Grad der Nachläßigkeit zum Grunde gelegt werden, der in dem Kontrakte prästiret werden muß. Seite 207

LXXXVIII.

Die aus dem Edikte nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant entspringende Klage geht auch auf die heutigen Postmeister und Landkutscher. 215

LXXXIX.

Das iuramentum in litem affectionis kann auch gegen den Verkäufer abgestattet werden, wenn derselbe dem Käufer die verkaufte Sache nicht prästiren kann. 220

XC.

Ein Pfandinhaber darf immer von seinen antichretisch unterhabenden Ländereien etwas mehr an Früchten genießen, als die gewöhnlichen Zinsen sonst betragen, ohne daß er nöthig hätte, den Ueberschuß, wenn er nicht zu groß ist, am Kapitale abzurechnen. 232

XCI.

Das Wiedereinlösungsrecht eines Pfandes und die daher entspringende actio pignoratitia kann nicht eher verjähret werden, bis der Schuldner seine Schuld entrichtet hat. 239

XCII.

Das remedium L. 2. C. de rescind. vend. geht nicht gegen den dritten Besitzer der verkauften Sache. 248

XCIII.

XCIII.

Zünften und Gilden steht nicht das Recht zu, solche Waaren, die vor ihre Zunft gehören, und von andern, die nicht in ihrer Zunft sind, verfertiget oder verkauft werden, eigenmächtig wegzunehmen. Seite 254

XCIV.

Einem Manufacturier kann das Recht, die von ihm verfertigte Waaren auch im Kleinen zu verkaufen, nicht untersaget werden. 259

XCV.

Wer einem Geld zum Spiele leihet, kann solches von seinem Schuldner einklagen. 264

XCVI.

Ein zwischen einem Kranken und seinem Arzte geschlossener Kauf ist gültig. 268

XCVII.

Der Verkäufer ist schlechterdings verbunden, dem Käufer die verkaufte Sache hinzugeben, und kann sich nicht von dieser Verbindlichkeit entledigen, wenn er gleich dem Käufer das Interesse prästiren will. 273

XCVIII.

Wer sich den Geschäften eines Abwesenden freiwillig unterzieht, der muß in Führung derselben den höchsten Grad des Fleißes anwenden. 283

XCIX.

XCIX.

Der Mandatarius muß in Ausführuug der ihm aufgetragenen Geschäfte den höchsten Grad des Fleißes anwenden. Seite 296

C.

Kinder sind immer befugt, so wohl das von ihrem Vater verkaufte Lehn, als allodial-Gut zu retrahiren. 304

CI.

Enterbte Kinder können auch die von ihrem Vater verkaufte Güter retrahiren. 311

CII.

Die Eltern können ihre Kinder nicht weiter enterben, wenn sie sich mit ihnen ausgesöhnt, und ihnen ihre Beleidigungen vergeben haben. 316

CIII.

Der Litis-Denunciat muß dem Litis-Denunciauten die Kosten des Processes, den er mit seinem Gegentheile geführt, wieder erstatten, wenn solche gleich kompensiret sind, und die Sache dem Litisdenuncianten zuerkannt ist. 323

CIV.

Wer einem eine Forderung, die er an einen dritten hat, cediret, der braucht nur dafür zu stehen, daß sie richtig, nicht aber, daß sie gut und leicht einzufordern sey. 333

CV.

CV.

Kinder sind schuldig, sich einander die Gewähr zu leisten, wenn ihr Vater sein Vermögen unter ihnen getheilet hat. Seite 348

CVI.

Bei remuneratorischen Schenkungen muß die Gewähr geleistet werden. 355

CVII.

Bei dem eine Sache zur Verwahrung niedergelegt ist, der kann, im Fall er auf ihre Verwahrung Kosten gewandt hat, sie so lange zurückbehalten, bis ihm diese Kosten ersetzt sind. 360

CVIII.

Nicht blos der Kläger, sondern auch der Beklagte, kann einen Richter vermittelst des iuramenti perhorrescentiae recusiren. 367

CIX.

Wer wissentlich eine Sache unter der Hälfte des wahren Werths verkauft, dem steht das remedium L. 2. C. de resc. vend. nicht zu. 371

CX.

Der Käufer kann, wenn er über die Hälfte des wahren Werths der gekauften Sache verletzt ist, den Kauf durch die L. 2. C. de resc. vend. rescindiren. 378

Fünf

Fünf nnd funfzigste Meditation.

Wenn derjenige, der bey Subhastationen den letzten Both gethan hat, nicht bezahlen kann; so ist der vorher Bietende nicht schuldig, für seinen Both die Sache anzunehmen.

§. 1.

Nehmen wir hier auf die Absicht des Verkäufers sowohl, als der, auf die öffentlich verkaufte Sache, bietenden Personen, besonders Rücksicht: so ist diese von jener Seite wohl keine andere, als demjenigen seine Sache zuzuschlagen, der den höchsten und annehmlichsten Both thut; von der andern Seite aber besteht sie wohl darin, daß diese für ihren gethanen Both, die Sache auf den Fall behalten wollen, wenn sie

nicht weiter übergeboten werden. Es liegen hierunter also zwey Bedingungen verborgen, unter welchen der Kauf und Verkauf erst seine volle Gültigkeit erlangt. Sind diese erfüllt, so wird alsdann erst, der Verkäufer und der zuletzt Bietende an den Kauf gebunden, die vorher Bietenden aber werden nunmehr völlig von ihrer ersten bedingten Verbindlichkeit frey.

§. 2.

Dieses hier vorausgesetzt: wird es auch nicht schwer seyn, die von der Gegenseite a) gemachten Einwürfe zu widerlegen. Sie glauben, es sey der vorher Bietende, immer schuldig, die subhastirte Sache, wenn der zuletzt Bietende nicht bezahlen könne, um deswillen für seinen Both anzunehmen, weil hier ein stillschweigendes pactum addictionis in diem darunter begriffen sey. Nach diesem soll es dem Verkäufer noch immer frey stehn, sich zu erklären, ob er auch den letzten Both annehmen wolle, und daher soll die Verbindlichkeit des zuerst Bietenden, seinen Both

a) *Damhauder* de subhast. cap. 4. *Berlich* P. 1. concl. 81. n. 178. *Berger* Elect. discept. for. Tit. 39. obs. 9. not. 3. *Schilter* ex. 30. §. 49. seqq. *Horn* cons. et resp. Class. 13. Resp. 13. pag. 983.

Both zu halten nicht aufhören, wenn gleich ein anderer zulezt noch mehr geboten hat.

§. 3.

Nehmen wir auch bey Subhastationen, ein stillschweigendes pactum addictionis in diem an: so können wir doch unmöglich, diesem dieselbe Wirkung zuschreiben, die es bey einem Verkauf, der unter diesem Paktum ausdrücklich eingegangen ist, hat. Hier steht es freylich, der Regel nach, in dem Willen des Verkäufers, ob er, bey angetragenen bessern Bedingungen, den ersten Kauf dem ungeachtet lieber halten, oder ob er den zweyten eingehen will: allein bey Subhastationen verhält sich dieses ganz anders; denn hier wird einem jeden für seinen Both gleichsam die Sache zugeschlagen, im Fall er den höchsten Both behalten sollte. Dies ist eigentlich die Bedingung, unter welcher hier der Kauf geschlossen wird, wie wir auch in den Gesetzen [b]) hievon Beyspiele haben. Ist daher nun dieser von einem andern übergeboten: so kann von dieses seiner Seite, der bedingte Kauf nicht in seine Vollkommenheit treten, sondern alle Verbindlichkeit den Kauf zu halten, fällt dadurch völlig weg.

b) *L. 2. ff. de in diem add.* — Sin autem actum est, ut perficiatur emtio, *nisi melior conditio offeratur*, erit emtio conditionalis,

§. 4.

Ferner ist auch ein Kauf, dem ein pactum addictionis in diem ausdrücklich beygefügt ist, so gut ein vollkommener Kauf, wie ein jeder anderer, ausser daß in dem einen Falle, wenn dem Verkäufer von einem andern, bessere Bedingungen angetragen werden, der erste Kauf wieder aufgehoben werden kann. Dies fällt aber in unserm Falle, wie wir oben gezeigt haben, völlig weg. Aber gesetzt, wir wollten jenen Satz auch hier gelten lassen; was würde daraus folgen? Die diesseitige Meynung könnte dadurch nicht widerlegt werden; vielmehr würde er der gegenseitigen, offenbar im Wege stehen. Ist es wahr, daß mit jedem Bothe, der Kauf vollkommen werde: so muß doch nothwendig daraus folgen, daß unter den verschiednen, der letzte Kauf, der vollkommenste sey. Dieser muß also allen übrigen vorgehen, und jene ersten Käufer, stillschweigend ihrer Verbindlichkeit entlassen. Diese können daher nun nicht mehr als Käufer angesehen werden, da der Verkäufer nachher mit einem andern gültig contrahirt hat c).

§. 5.

So vielen Grund nun gleich die diesseitige Meynung, aus der Folge jenes Satzes, nehmen

c) L. 72 ff. de contrah. emt. vend.

nehmen kann: so muß doch aller Zweifel, den man etwa noch hierwider machen könnte, völlig wegfallen; wenn wir annehmen, daß bey Subhastationen, weiter nichts, als die suspensive Bedingung sey, unter welcher der Kauf geschlossen wird: nemlich der höchste Both. Wer diesen thut, das ist die Bedingung, der soll Käufer seyn; die übrigen aber sollen als solche nicht weiter können betrachtet werden. — Halten wir dieses zusammen, so müssen wir, unserer Meynung nach, denjenigen Rechtsgelehrten d) immer beypflichten, die hier den zuletzt Bietenden für den wahren Käufer ansehen, und die vorher Bietenden nunmehro, von aller Verbindlichkeit frey sprechen; besonders, wenn wir hier noch den Satz als wahr annehmen, daß vor der richterlichen Adjudication, selbst der zuletzt Bietende, von dem Kauf zurückgehen kann e).

d) *Philippi* de subhast. cap. 3. comm. 16. n. 108 seqq. *Hering* de fideiuss. cap. 6. n. 17 seqq. *Moller* P. 1. const. 32. n. 8 seqq. *Carpzov* P. 1. const 32. def. 45. n. 4. *Barth.* hodeg. forens. C. 3. §. 11. pag. 543. *Cocceii* Jus contr. Tit. de distract. pign. qu. 4. *Stryk* Us. mod. Tit. de in diem addict. §. 4. *Wernher* P. 6. obs. 349.

e) Strube rechtl. Bedenken 5. Theil, 28. Bed.

Sechs

Sechs und funfzigste Meditation.

Die Erben einer Frau, die sich für ihren Mann verbürget, haben alsdenn nicht nöthig aus der Bürgschaft zu bezahlen, wenn sich die Frau der Auth. si qua mulier nicht eidlich begeben hat.

§. 1.

Es hatte sich eine Frau für ihren Mann, in einem privat Instrumente, auf 600 Thaler verbürget, und sich dabey ihrer weiblichen Rechtswohlthaten und besonders der *Auth. si qua mulier* begeben. Nach ihrem Tode wurden ihre Erben, weil ihr Mann nicht bezahlen konnte, so gleich von dessen Gläubiger belangt, und dieser verlangte von ihnen die Bezahlung. Er glaubte, daß nunmehro sich die Erben von dieser Verbindlichkeit nicht lossagen könnten, da sich die Ehefrau ihrer Bürgschaft bey ihrem Leben nicht entlediget, sondern noch vielmehr durch ihren Tod bestätigt habe. Es sey hier also die Bürgschaft gleichsam für eine Schenkung anzusehn, die die Frau ihrem Manne mit den

600 Thlr. habe machen wollen f). Da nun eine solche Schenkung, wenn sie durch den Tod bestätigt, unter Ehegatten erlaubt sey g); so wären nunmehr auch die Erben verbunden, die von der Frau aus der Bürgschaft schuldigen 600 Thaler zu bezahlen.

§. 2.

Allein die Erben hielten sich hiezu nicht berechtigt, und zwar aus mehr als einem Grunde. Denn erstens war von Seiten der Frau hier nur schlechtweg, ohne Eid, der *Auth. si qua mulier* renunciirt. Es ist aber bekannt, daß eine solche Begebung dieser weiblichen Rechtswohlthat von keiner Wirkung ist: sondern daß, falls die Frau aus der Bürgschaft für ihren Mann gebunden seyn soll, sie nothwendig dieser Rechtswohlthat eidlich entsagen muß, weil daraus erst die Bürgschaft ihre verbindliche Kraft erhält h). War also hier von Seiten der Frau

f) *Carpzov* P. 2. const. 16. def. 9. *Idem* de iurib. feminar. singul. Decad. 4. Pos. 8. n. 1 seqq. *Stryk* Us. mod. Tit. Ad SCt. Velleian. §. 15.

g) L. 13. §. 1. L. 32. §. 2 ff. L. 3 et 10. C. de donat. int. vir. et ux.

h) *Menken* de valida intercessione Mulieris SCto Vellei. renunciantis. *Engelbrecht* de renun-

Frau keine Verbindlichkeit da, und konnte sie nicht angehalten werden, für ihren Mann zu bezahlen; so konnten auch eben so wenig ihre Erben, die doch zu nichts mehrern, als sie, verbunden waren, zur Bezahlung aus der Bürgschaft schuldig erkannt werden.

§. 3.

Zweytens ist es aus den Gesetzen i) bekannt, daß den Erben hier eben die Einrede zusteht, die der Ehefrau selbst zugestanden haben würde, wenn sie noch am Leben geblieben wäre.

Wer hätte nun aber der Frau, die Einrede, die ihr, vermöge der ihr in den Gesetzen gege-

renunciatione SCti Vellei. privato instrumento facta. Meisters practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte 2. B. 4. Bem. nr. 3. Das Gegentheil behauptet unter andern *Burchard* in Dissert. de effectu iuris iurandi promissorii, praecipue renunciationibus beneficiorum adiecti 1789.

i) *L.* 20. *C. ad SCt. Vell.* Heredes quoque mulieris adversus creditores eadem exceptione, quae ex S C. introducta est, uti posse dubium non est. L. 7. §. 1. ff. de exceptionib. *I. H. Boehmer* de efficaci mulier. interceff. cap. 3. §. 9. not. 55.

gegebenen Rechtswohlthaten, zusteht, nehmen wollen, wenn sie selbst von dem Gläubiger aus der Bürgschaft belangt worden wäre? Hätte sie sich nicht mit Grunde immer von der Bezahlung losmachen können? So gut wie diese, können es daher auch nun ihre Erben thun, da jene Einrede auch selbst den Erben noch zusteht.

§. 4.

Man pflegt hierwider zwar zu erinnern: daß in den von uns in der Note i) angeführten Gesetzen, blos von dem Falle die Rede sey, wenn die Ehefrau sich nur schlechtweg für ihren Mann verbürget, und der *Auth. si qua mulier* sich nicht begeben habe. Allein wo steht diese Einschränkung und Ausnahme? Redet das Gesetz nicht ganz generell; und wird hier nicht den Erben eben die Einrede aus dem vellejanischen Rathschlusse gegeben, die der Frau selbst daraus zugestanden haben würde? Wollte man hier dies also als einen Einwurf entgegenstellen: so müßte vor allen Dingen erst erwiesen werden, daß jenes Gesetz blos unter der Einschränkung zu verstehen sey. Ehe das geschehen, muß man doch immer eher bey den generellen Worten des Gesetzes stehen bleiben.

§. 5.

Endlich will der oben im ersten §. angeführte Grund: als wenn die Frau durch

ihren

ihren Tod, die Bürgschaft bestätigt habe, und diese nunmehr als eine Schenkung anzusehen sey, nichts sagen. Denn einen theils ist es noch gar nicht ausgemacht und erwiesen: ob durch den Tod eine an sich ungültige Bürgschaft, auf eine zu Recht beständige und gültige Art bestätigt werde. In den Gesetzen ist dieses nicht zu finden, eben so wenig, wie sich solches auch daraus, daß die Frau bey ihrem Leben sich der Bürgschaft nicht entledigt hat, schließen läßt, indem der Fall hiezu gewöhnlich erst alsdenn eintritt, wenn jemand aus der Bürgschaft belangt wird; andern theils aber ist auch eine Bürgschaft auf keine Weise als eine Schenkung anzusehn [k]), und diese wird, wie bekannt, nie präsumirt. Hätte die Frau ihre Erben zur Bezahlung der von ihrem Manne aufgenommenen 600 Thlr. verbinden, und diese Summe gleichsam ihrem Manne schenken wollen; so hätte sie dieses vor allen Dingen bey ihrem Leben erklären müssen, da auch alsdann die Erben verpflichtet gewesen wären, aus der Bürgschaft die benannte Summe zu bezahlen [l]). Hat sie dieses aber nicht gethan, so kann man auch aus keinem rechtlichen

k) *Boehmer* Diss. all. cap. 3. §. 4. not. l.

l) *Sande* decis. Fris. Lib. 3. Tit. 11. def. 7. *Brunnemann* ad L. 20. C. ad SCt. Velleian.

lichen Grunde schließen, daß sie ihre Erben zur Bezahlung für ihren Mann, habe verbinden wollen. — Es wurde daher auch diese Sache am Ende zum Besten der Erben entschieden, und sie von aller Anforderung aus dieser Bürgschaft freygesprochen.

Sieben und funfzigste Meditation.

Durch die L. 2. C. de annal. except. ist die Wiedereinsetzung in vorigen Stand, wegen der Abwesenheit eines Dritten, nicht aufgehoben.

§. 1.

In der *L. 2. C. de annal. except.* hat der Kaiser Justinian, denjenigen, welche wegen der Abwesenheit eines Dritten, der keinen Mandatarius zurückgelassen hat, eine Verjährung zu befürchten haben, das remedium protestationis gegeben, um solche zu interrumpiren [m]). Nach diesem Gesetze kann man bey

m) Das Gesetz lautet so: Ut perfectius omnibus consulamus, et nemini absentia, vel

bey der ordentlichen Obrigkeit, oder beym Bischofe, oder auch vermittelst eines ordentlichen Anschlages, eine Protestation einlegen, und dadurch den Lauf der Verjährung hindern. Ob hiedurch nun aber, die Wiedereinsetzung in vorigen Stand, wegen der durch die

vel potentia, vel infantia penitus adversarii sui noceat, sed sit aliqua inter desides, et vigilantes differentia: sancimus, si quando abfuerit is, qui res alienas, vel creditori obnoxias detinet, et desiderat dominus rei, vel creditor suam intentionem proponere, et non ei licentia sit absente suo adversario, qui rem detinet — — sua auctoritate eas res usurpare; licentia ei detur adire Praesidem provinciae, vel libellum ei porrigere, et hoc in querimonium deducere intra constituta tempora, et interruptionem temporis facere, et sufficere hoc ad plenissimam iuterruptionem. Sin autem nullo potuerit modo Praesidem adire, saltem ad locorum Episcopum eat, vel defensorem civitatis, et suam manifestare voluntatem in scriptis deproperet. Sin autem abfuerit, vel Praeses vel Episcopus, vel Defensor civitatis: liceat ei proponere publice, ubi domicilium habet possessor, seu cum Tabulorum subscriptione; vel si civitas Tabularios non habeat, cum trium testium subscriptione: et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem sive triennii, sive longi temporis, sive triginta, sive quadraginta annorum sit. — —

die Abwesenheit eines Dritten geschehenen Verjährung, aufgehoben sey? darüber sind die Meynungen der Rechtsgelehrten sehr getheilt.

§. 2.

Wir haben angenommen, daß hier noch immer die Wiedereinsetzung in vorigen Stand, Platz finde: obgleich Justinian schon durch die Protestation ein Mittel an die Hand gegeben habe, die Verjährung zu interrumpiren n).

Es ist in den Pandekten, im Titel: *ex quib. caus. maiores 25 ann. in integr. rest.* die Abwesenheit so wohl eines Dritten, als seiner eigenen, zu den Ursachen, weswegen Volljährige die Wiedereinsetzung in vorigen Stand nachsuchen können, gerechnet, und nir-

n) Der diesseitigen Meynung sind: *Brunnemann* ad L. 22 ff. ex quib. caus. maior. n. 2. 3. *Huber* pr. ad eund. tit. ff. n. 2. *Lauterbach* coll. th. pr. eod. tit, §. 12. *Lüd* syntag. iur. civ. eod. tit. §. 3. *Coccei* J. C. eod. tit. qu. 1. *Titius* in iur. priv. Lib. 2. cap. 10. §. 14. Höpfner im Comment. über die Heinecc. Institut. §. 407. *Breuning* Diss. an remedium L. 2. C. de annali exceptione, tollat publicianam actionem rescissoriam 1776.

nirgends dieselbe in dem Falle aufgehoben, wenn ein Dritter abwesend ist, und man gegen die bevorstehende Verjährung nicht protestiret hat. In der *L.* 2. *C. de annal. except.* hat zwar Justinian nachgehends dieses Mittel gegeben, um eine bevorstehende Verjährung zu interrumpiren: allein in diesem Gesetze die Wiedereinsetzung in vorigen Stand dadurch nicht aufgehoben. Denn so bald die Gesetze zwey Mittel geben, und durch das eine, das andere nicht aufheben: so steht es auch noch immer bey uns, welches von beyden wir uns bedienen wollen o). Zudem hat Justinian in jenem angeführten Gesetze, uns nur blos eine Kautel an die Hand gegeben, eine Verjährung zu verhüten; Kautelen aber können wir auch wohl versäumen, ohne dadurch unserm Rechte etwas zu vergeben.

§. 3.

Die der gegenseitigen Meynung zugethanen Rechtsgelehrten p) wenden hierwider ein, daß

o) L. 41. ff. de oblig. et act.

p) *Bachov* P. 1 ff. c. 3. n. 1. *Boehmer* Intr. in ius dig. Tit. ex quib. caus. maior. §. 2. *Stryk* Us. mod. eod. tit. §. 1. *Hellfeld* Jurispr. forens. eod. tit. §. 470. Schmids Lehrbuch von gerichtl. Klagen. §. 445.

daß um deswillen die Wiedereinsetzung in vorigen Stand, hier nicht statt finden könne, weil man nach der *L.* 2. *C. de annal. except.* ein Mittel habe, eine bevorstehende Verjährung zu verhindern. Versäumte man dieses, sagen sie, so begehe man immer ein Versehen und eine Nachläßigkeit, und wegen dieser finde bey Volljährigen keine Wiedereinsetzung in vorigen Stand, statt.

§. 4.

Wir haben schon oben erinnert, daß jenes, in dem angeführten Gesetze, gegebene Mittel, eine Verjährung zu verhüten, blos für eine Kautel anzusehen sey. Es ist also kein Rechtsmittel, das die Gesetze, um jenen Endzweck zu erlangen, uns zu gebrauchen anbefohlen haben, sondern sie haben dieses blos in unsern Willen gesetzt. Deswegen können wir hier auch demjenigen kein solches Versehen oder Nachläßigkeit beymessen, weswegen die Wiedereinsetzung in vorigen Stand bey Volljährigen nicht statt haben sollte, wenn er sich jenes Mittels nicht bedienet hat: sondern, da hier nur blos eine Kautel versäumt ist, können wir auch dieses nur zum allerhöchsten, zu dem geringsten Grade des Versehens rechnen, und wegen eines solchen Versehens findet auch alsdenn noch immer die Wiedereinsetzung in vorigen Stand statt.

Allein

Allein man kann auch nicht mal immer behaupten, daß durch Unterlassung der eingelegten Protestation ein Versehn begangen sey. Denn gesetzt, der Eigenthümer hat von seinem Rechte, weil der andere abwesend war, keine Wissenschaft erlangen können, wie konnte er denn wider den Lauf der Verjährung eine Protestation einlegen, und wie kann man ihm hier auch ein Versehen beymessen?

§. 5.

Noch wendet man ein: sey hier ein remedium ordinarium, wodurch man die Verjährung verhindern könnte. Wo aber ein remedium ordinarium sey, schließen die Gegner, da brauchte man kein extraordinarium; also sey hier auch die Restitution ohne Gebrauch. Allein dieser Schluß paßt hier gar nicht her.

Einen theils heißt die Restitution nur in der Absicht ein remedium extraordinarium, weil sie der Prätor gegeben hat, wenn andere Klagen fehlen; anderntheils aber concurriret hier auch gar nicht ein remedium ordinarium, mit einem extraordinarium. Denn jenes, nemlich die in der *L.* 2. *C. de annal. except.* gegebene Protestation, kann nur gebraucht werden, wenn die zur Verjährung erforderliche Zeit noch nicht verflossen: dieses

aber,

aber, die Wiedereinsetzung in vorigen Stand, wenn eine Sache schon wirklich verjährt ist. Zu gleicher Zeit ist also der Gebrauch von beyden nicht da, und daher schließet das eine das andere auch nicht aus, besonders da jenes für weiter nichts, als eine nützliche Kautel zu halten ist.

§. 6.

Die Klage, welche in diesem Falle angestellt wird, heißt die actio rescissoria, und hat ihren Grund in der Zuständigkeit eines, auf erdichtete Weise behaltenen Rechts, welches man durch die Verjährung zwar verlohren, dagen aber eine gerechte Ursache der Wiedereinsetzung in vorigen Stand vor sich hat, weshalb das Recht für nicht verjährt gehalten wird. Sie gehet dahin, daß die bereits vollbrachte Verjährung wieder aufgehoben, und der Kläger für einen solchen, dem sein Recht noch zustehe, erkläret werde q).

q) §. 1 J. de actionib. *Moser* de actione rescissoria. Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 446.

Acht und funfzigste Meditation.

Ein Erbzinsmann kann sein Erbzinsgut frey auf einen andern, den Verkauf ausgenommen, transferiren, ohne daß er nöthig hätte, solches vorher dem Erbzinsherrn anzuzeigen.

§. 1.

Daß ein Erbzinsmann das Recht habe, über sein Erbzinsgut zu disponiren, solches, im Fall dieses Recht sonst auf eine andere Art nicht eingeschränkt ist, zu verkaufen, zu vertauschen, zu verschenken u. s. w. dieses ist weiter keinem Zweifel unterworfen. Ob er aber alle diese Arten von Veräußerungen, vorher dem Erbzinsherrn anzuzeigen nöthig habe, oder ob dieses nur allein bey dem Verkaufe zu beobachten sey? diese Frage wird noch immer von den Rechtsgelehrten verschieden beantwortet.

§. 2.

Wenn wir hier blos die Verordnungen des römischen Rechts zum Grunde legen, ohne auf besondere Landesgesetze, die gemeiniglich

niglich von unserer Meynung abweichen, zu sehen: so glauben wir immer mit Recht behaupten zu können, daß blos in dem Falle, wenn das Erbzinsgut verkauft werden soll, solches dem Erbzinsherrn angezeigt werden müsse; alle übrige Veräußerungen aber, Vertauschung, Verschenkung u. s. w. ohne dies geschehen können r).

§. 3.

Der Grund, weswegen der Verkauf des Erbzinsgutes, ohne vorherige Anzeige, nicht erlaubt ist, beruht einzig und allein darin, weil dem Erbzinsherrn in diesem Falle das Vorkaufrecht zusteht. Denn so heißt es ausdrücklich in der *L.* 3. C. de iure emphyt. *Disponimus, attestationem domino transmitti, et praedicere, quantum pretium ab alio revera accipi potest. Et si quidem dominus hoc dare maluerit, et tantam praestare quantitatem, quantam ipse revera emphyteuta ab alio recipere*

r) *Vinnius* sel. iur. quaest. Lib. 2. cap. 2. *Franzkius* de laudemiis cap. 9. n. 68 seqq. *Jul. Clarus* Lib. 4. Sent. §. emphyt. qu. 15. *Wissenbach* Ex. ad ff. Disp. 18. §. 38. *Hilliger ad Donell.* Lib. 9. cap. 14. lit. G. *Hahn ad Wesenb.* Tit. Si ager vectig. n. 3. *Huber* Prael. ad eund. tit. ff. n. 12. *Lynker* Resol. discept. forens. Cent. 3. res. 265.

potest, ipsum dominum omnimodo haec comparare. Dieser Grund findet also nur allein beym Verkauf, bey andern Veräußerungen aber gar nicht statt, da sich, wie bekannt, beym Tausche, Schenkung u. s. w. des Vorkaufs- oder Näherechts niemand bedienen kann.

§. 4.

Die Anzeige des vorhabenden Verkaufs geschieht dem Erbzinsherrn, wie gesagt, nur blos wegen des ihm zustehenden Rechts des Vorkaufs; also gar nicht um seine Einwilligung dazu zu erlangen, denn diese kann er, falls keine andere gegründete Ursachen hiezu da sind, eben so wenig verweigern, als ein Anverwandter, dem bey Erbgütern das Näherrecht zusteht. Dieses bestätigt das oben angeführte Gesetz, wo es heißt: *Necessitatem autem habere dominos, si aliis melioratio, secundum praefatum modum vendita sit, accipere emphyteutam: vel si ius emphyteuticum ad personas non prohibitas, sed concessas et idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem transponere emphyteuta maluerit: non contradicere, sed novum emphyteutam in possessionem suscipere etc.* — Wendet man dieses nun auf andere Arten der Veräußerungen, wobey das Näherrecht oder der Vorkauf nicht statt findet, an: so wird man bald zugeben müssen,

sen, daß bey denselben der Erbzinsmann, dem Erbzinsherrn die Anzeige davon zu thun, gar nicht nöthig habe.

§. 5.

Man wendet von der Gegenseite s) hierwider ein, daß jener oben angeführte Grund nicht der einzigste sey, weswegen der Verkauf dem Erbzinsherrn müsse angezeiget werden; sondern daß auch noch ein anderer und eben so wichtiger da sey, nemlich weil dem Erbzinsherrn wider sein Wissen kein neuer Erbzinsmann gleichsam aufgedrungen werden könne. Da dieser Grund nun auch beym Tausche, Schenkung u. d. gl. seine Anwendung findet, so glaubt man von der Gegenseite, daß also auch diese Art Veräußerungen des Erbzinsgutes, dem Erbzinsherrn vorher müßten angezeigt werden.

§. 6.

Dieser Grund ist aber nicht so wichtig, wie vielleicht die Gegner glauben; denn einen theils

s) *Fachineus* controv. iur. Lib. 3. cap. 97. Lib. 6. cap. 98. Lib. 13. cap. 49. *Sande* de prohibita rerum alienat.. P. 1. cap. 4. §. 8. *Wernher* P. 3. obs. 235. *Leyser* sp. 105. med. 2. *Müller* Obs. ad Leyser. alleg. Höpfners Comment. über die Heinec. Institut. §. 901.

theils muß sich der Erbzinsherr, was die Gesetze in diesem Falle verordnen, gefallen lassen, da er einmal sein Gut zu Erbenzins gegeben. Die Gesetze sagen aber, wie wir unten näher zeigen, nichts davon, daß es nöthig sey, zum Tausche, Schenkung u. d. gl. die Einwilligung des Erbzinsherrn nachzusuchen; — andern theils fällt auch der gegenseitige Grund um deswillen weg, da der Erbzinsherr den neuen Erbzinsmann, wenn er etwa untüchtig und unfähig seyn sollte, überhaupt nicht anzunehmen nöthig hat. — Der gegenseits gemachte Einwurf steht uns also gar nicht im Wege, und es ist daher immer genug, wenn, im Fall einer Schenkung oder eines Tausches, wo der Erbzinsherr kein Näherrecht verlangen kann, nur diesem nachher jenes angezeigt wird, damit er den neuen Erbzinsmann von neuen investire, ihn in den Besitz des Gutes setze, und dieser alsdenn die Lehnwaare entrichte. Geschieht dies, ist sonst auf keine Weise hinterlistig und betrüglich gehandelt, und ist denn der neue Erbzinsmann nicht untüchtig: so bleibt ein solcher Tausch oder Schenkung auch immer bey Kräften.

§. 7.

Wir haben im vorigen §. gesagt, daß kein Gesetz da sey, welches verordne, den vorhabenden Tausch oder Schenkung und

der-

dergleichen Veräußerungen, wenn es nur kein Verkauf ist, dem Erbzinsherrn vorher anzuzeigen. Es ist zwar nicht unbekannt, daß die Gegenseite jene Verordnung in der schon mehrmals angeführten *L.* 3. *C. de iure emphyt.*, und zwar in den Worten: *Minime licere emphyteutae, sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere, vel ius emphyteuticum transferre*, finden, und sie auf alle Arten von Veräußerungen ausgedehnt wissen wollen: allein wir glauben, daß sie auf keine Weise daraus hergeleitet werden könne. Die Worte *ius emphyteuticum transferre* gehen nur allein auf den Verkauf, davon auch nur dieses Gesetz, wie der Zusammenhang lehrt, redet. Denn nicht nur, daß vorher von dem Verkaufe allein die Rede ist, zeiget dieses an; sondern auch der noch beygefügte Grund, warum eben in diesem Falle der Veräußerung, die Anzeige dem Erbzinsherrn davon vorher geschehen soll, damit sich nemlich derselbe innerhalb 2 Monaten bedenken könne, ob er für den gebotenen Preis, das Erbzinsgut selbst annehmen wolle, — lehren dies auch deutlich. Hätte das Gesetz nicht weit allgemeiner, und nicht so eingeschränkt abgefaßt werden müssen, wenn solches alle Arten der Veräußerungen mit unter sich begreifen sollte?

§. 8.

§. 8.

Es fehlt uns aber auch nicht an Gesetzen, worin unsere Meynung noch ausdrücklich bestätigt wird. Denn so ist es nach der *L.* 1. *C. de fund. patrim.* erlaubt, das von der Kammer oder dem Fiscus innehabende Erbzinsgut ohne vorherige Einwilligung, frey zu verschenken t). Ist dieses nun bey solchen Erbzinsgütern erlaubt, wie vielmehr muß solches nicht bey andern, die man von Privatpersonen hat, verstattet seyn.

Man wendet hierwider zwar ein, daß dieses Gesetz, durch die in der oben angeführten *L.* 3. *C. iur. emphyt.* enthaltene allgemeine Verordnung des Kaisers Justinian aufgehoben sey: allein, wenn in diesem Gesetze, wie wir oben gezeigt haben, nichts von Schenkungen enthalten und verordnet ist: so kann auch die *L.* 1. *C. de fund patr.* durch dasselbe nicht abgeschaft seyn.

§. 9.

Endlich stehet es bekanntlich dem Erbzinsmanne frey, sein Erbzinsgut, wenn nicht im

t) Si quis fundos, emphyteutici iuris salva lege fisci, citra iudicis auctoritatem donaverit, *donationes firmae sint*, dummodo suis quibusque temporibus, ea, quae fisco pensitanda sunt, repraesentare cogatur.

im Contrakte, oder sonst ein andres festgesetzt ist, durch eine letzte Willensordnung entweder mit seinem übrigen Vermögen, oder auch allein einem andern zu vermachen u); ohne daß dazu die vorherige Einwilligung des Erbzinsherrn braucht eingeholet zu werden. Kann dies also geschehn: so fällt auch der von der Gegenseite §. 5. gemachte Einwurf, daß nemlich deswegen jede Veräußerung des Erbzinsgutes dem Erbzinsherrn müsse angezeigt werden, weil ihm wider sein Wissen kein neuer Erbzinsmann aufgedrungen werden dürfe — von selbst weg; da sonst bey Vermächtnissen eben dieses eingewandt werden könnte. Und da ferner Vermächtnisse und Schenkungen sich sehr nahe kommen, also nicht ohne Grund, das was die Rechte in diesem Falle, bey jenen zulassen, auch auf diese angewendet werden kann, und hier verstattet werden muß: so scheinet es uns ebenfalls auch nach analogischen Gründen, wenn gleich

u) *L.* 71. §. 5. *ff. de legat. I.* Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat, petique possit, videamus? et Julianus Lib. 38. digestorum scribit, quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen quia aliquod ius in eo is, qui legavit, habet, *valere legatum.* — §. 6. eod. *Nov.* 7. *cap.* 3. *Hellfeld.* Jurispr. forens. §. 603. Höpfners Commentar über die Heinec. Inst. §. 899.

gleich die Gesetze den Fall nicht deutlich entscheiden sollten, klar und deutlich genug zu seyn, daß ausser dem Verkaufe — wegen des im §. 3 angeführten Grundes — jede andere Veräußerung des Erbzinsgutes, ohne vorher bey dem Erbzinsherrn geschehne Anzeige, unternommen werden könne.

§. 10.

Ferner kommt hier auch noch im Betracht, daß am Schlusse der *L.* 3. C. *de iure emphyt.* auf die, beym Verkaufe unterlassene Anzeige an den Erbzinsherrn, der Verlust des Erbzinsrechtes dem Erbzinsmanne zuerkannt ist v). Wenn also auch nun dieses Gesetz nicht ganz deutlich für unsre Meynung gleich reden sollte: so müssen wir doch allemal, da jener gedrohete Verlust, eine große Strafe ist, und, unsre Meynung auf einem starken analogischen Grunde beruhet, diese vorziehen, und eine so harte Strafe nicht ohne Noth, auf andere Veräußerungen, als dem Verkauf, ausdehnen.

v) Sin autem aliter fuerit versatus, quam nostra Constitutio disposuit, iure emphyteuticario cadat.

Neun

Neun und funfzigste Meditation.

Wenn der Erbzinsmann innerhalb drey Jahren, nur einen Theil des Kanon bezahlt, oder dem Erbzinsherrn angeboten hat, so wird er des Erbzinsgutes nicht verlustig.

§ 1.

Unter die Arten, weswegen der Erbzinsmann seines Erbzinsrechts verlustig werden kann, gehört auch diese, wenn er in der gesetzlichen Zeit, bey Kirchengütern in zwey x), und bey weltlichen in drey Jahren y) den Kanon nicht bezahlt hat. Der Grund dieser Strafe beruht wohl eigentlich darin, weil man, wenn der Erbzinsmann in der gesetzlichen Zeit den Kanon nicht entrichtet, dafür hält: er habe dem Erbzinsherrn sein Obereigenthum entrissen, und ihn nicht ferner für seinen Obereigenthumsherrn ansehen wollen. Daß dies und nicht das Interesse des Erbzins-

x) Cap. 4. X. de locat. cond. Nov. 7. cap. 3. §. 2. Auth. *Qui rem* C. de S. S. eccles.

y) L. 2. C. de iure emphyt.

zinsherrn, der wahre Grund jener Strafe sey, können wir daraus mit Rechte schließen, weil der Kanon allein zur Anerkennung des Obereigenthums, und nicht für den Genuß, der aus dem Gute ziehenden Nutzungen, gegeben wird.

§. 2.

Aus obigen folgern wir nun: wenn also jene angeführte Ursache der Grund dieser Strafe ist: so muß solche auch nothwendig wegfallen, wenn der Erbzinsmann innerhalb der gesetzlichen Zeit, noch einen Theil des Kanons bezahlt oder nur dem Erbzinsherrn wirklich angeboten hat, dieser ihn aber nicht hat annehmen wollen. Denn sobald der Erbzinsmann dieses thut: so giebt er auch schon dadurch deutlich zu erkennen, daß er dem Erbzinsherrn das Obereigenthum nicht streitig zu machen gedenke; sondern ihn noch immer für den Obereigenthumsherrn halte. Er verdient daher auch noch die Strafe nicht, welche in jenem Falle nur statt findet *i*).

§. 3.

i) *Carpzov* P. 2. const. 38. def. 4. *Brunnemann* ad L. 2. C. de iure emphyt. *Leyser* sp. 103. med 7. 8. *Fesnizer* Diss. utrum emphyt. ante motam act. priv. offerendo canonem moram purgare possit §. 13.

§. 3.

So billig diese Meynung gleich ist, und so sehr man nach der Vorschrift der Gesetze a) verbunden ist, in zweifelhaften Fällen, wo es auf eine Strafe ankommt, eher den gelindern, als härtern Weg einzuschlagen: so sind doch viele Rechtsgelehrte b) die von der diesseitigen Meynung gerade das Gegentheil behaupten. Um die Gründe, worauf sie ihre Meynung bauen, näher kennen zu lernen, wollen wir einige davon kurz anführen und prüfen.

§. 4.

Die Gegner sagen: derjenige bezahle nur seine Schuld, wer sie ganz abtrage, nicht aber ein solcher, der nur einen Theil davon entrichte. Jener würde daher auch nur von seiner Verbindlichkeit frey, nicht dieser c). Wir

a) *L.* 42 *ff. de poen.* Interpretatione legum poenae molliendae potius sunt, quam asperandae. — *Cap.* 29. *de Reg. iur. in* 6.

b) *Berlich* P. 2. concl. 46. n. 18. *Harpprecht* Comment. ad Inst. tit. de Locat. cond. §. 3. n. 482 seqq. *Hahn ad Wesenb.* Tit. Si ager vectig. n. 3. *Cocceii* Jus contr. eod. tit. qu. 9.

c) L. 176 ff. de verb. sign. L. 41. §. 1. ff. de usur.

Wir können jenes Argument in so weit zugeben, und die Folge gelten lassen, daß derjenige, wer seine Schuld nicht ganz bezahlt, von seiner Verbindlichkeit nicht frey werde: allein daraus folgt noch nicht, daß deswegen jene auf die Nichtbezahlung des Kanons gesetzte Strafe, auch hier statt finde. Der Erbzinsmann bleibt freylich immer verbunden, den rückständigen Kanon noch nachzubezahlen: allein die Strafe fällt hier doch weg, und das noch um deswillen, weil hier, so bald nur ein Theil des Kanons innerhalb der in den Gesetzen bestimmten, Zeit bezahlt, oder dem Erbzinsherrn angeboten ist, der Kanon von der ganzen Zeit nicht mehr zurücksteht. Und dies wollen doch wohl jene oben (in der Note u) angeführten Gesetze.

§. 5.

Ferner sagt man: falle auch derjenige, welcher etwas unter einer gewissen Strafe zu thun versprochen habe, in diese Strafe, wenn er nicht diesem Versprechen ein völliges Genüge leiste [b]). Da nun der Erbzinsmann schul-

b) *L.* 85. 6. *ff. de verbor. oblig.* Item si ita stipulatio facta sit: Si fundus Pitianus datus non erit, centum dari? nisi totus detur, poena committitur centum: nec prodest, partes fundi tradere, cessante uno etc.

schuldig sey, innerhalb der gesetzlichen Frist, bey Strafe des Verlustes seines Erbzinsrechts, den Kanon zu bezahlen: so müsse er ihn auch ganz bezahlen, wenn er von dieser Strafe frey seyn wolle. — Diese Folge fließet aus dem vorhergehenden Satze gar nicht her; denn einen theils hat der Erbzinsmann sich gar nicht verbindlich gemacht, unter einer bestimmten Strafe den Kanon zu bezahlen, wie der Fall in dem Gesetze ist; andern theils steht auch nur blos auf die unterlassene Bezahlung des Kanons, in der bestimmten Zeit, die Strafe des Verlustes des Erbzinsrechts, und zwar, wie wir oben gesagt, weil man glaube, daß alsdenn der Erbzinsmann, dem Obereigenthumsherrn sein Recht entrissen habe, und ihn nicht weiter dafür anerkennen wolle. Dieses fällt aber weg; so bald auch nur ein Theil des Kanons bezahlt, oder angeboten ist, und daher kann jene Strafe auch hier nicht gut mehr einige Anwendung finden. —

Nehmen wir ferner noch an, daß von Seiten des Erbzinsmannes keine bösliche Absicht bey der versäumten Bezahlung des Kanons zum Grunde gelegen habe, auch ferner die Strafen nicht ohne Ursach auf andere Fälle, besonders, wenn von Seiten desjenigen, der wider ein solches Gesetz gehandelt hat, keine Bosheit begangen ist, müssen ausgedehnt

gedehnt werden: so scheint die diesseitige Meynung, da sie wider die Vorschrift der Gesetze nicht anstoßt, als die billigere, immer der andern vorzuziehn zu seyn.

Sechzigste Meditation.

Wenn von mehrern Erben, einige den Kanon in der gesetzlichen Zeit nicht bezahlt haben, so geht nicht das ganze Erbzinsgut, sondern nur deren ihr Theil verlohren.

§. 1.

Aus der vorhergehenden Meditation können wir schon einigermaßen beurtheilen, mit was für Rechte wir hier behaupten können, daß durch die von einigen Erben, in der gesetzlichen Zeit, nicht geschehene Bezahlung des Kanons, das ganze Erbzinsgut nicht verwirkt werde, sondern die Miterben, welche den Kanon gehörig entrichtet haben, in dem Besitze ihres Theils dem ohngeachtet immer bleiben. Denn wir haben daselbst den Hauptgrund, weshalb, wegen nicht bezahlten Kanon das Erbzinsgut verlohren gehe, darin gesetzt,

gesetzt, weil hiedurch der Erbzinsmann zu erkennen gäbe, daß er das Obereigenthum nicht ferner anzuerkennen gedächte, und also dies Faktum gleichsam zur Verachtung des Erbzinsherrn gereichet.

Dies kann aber von keinem gesagt werden, der in der Entrichtung des Kanons nicht saumselig gewesen ist, und daher kann den Miterben, die dawider nicht gehandelt haben, die darauf gesetzte Strafe nicht treffen.

§. 2.

Soll jemand eine in den Gesetzen bestimmte Strafe leiden: so muß er auch wider das Gesetz gehandelt, und solches übertreten haben. Derjenige von den Erben aber, der den Kanon bezahlt hat, übertritt das Gesetzt nicht, sondern er entledigt sich seiner Schuldigkeit, so bald er den Theil des Kanons, den er nur zu entrichten nöthig hat, abträgt. Hier also würde ein solcher Erbe, ohne seine Schuld, eine Strafe leiden, wenn das ganze Erbzinsgut in dem angenommenen Falle sollte verlohren gehen, und das Faktum der übrigen würde ihn, ob er gleich unschuldig ist, so gut wie die Schuldigen treffen. Dies würde aber sowohl wider die Gesetze e), als die Billigkeit selbst streiten.

§. 3.

e) L. 22. C. de poenis. L. 74 et L. 155 ff. de regul. iur.

§. 3.

Aber wir finden auch noch in den Gesetzen überdem Falle, wo ein Erbe durch das Faktum seiner Miterben, sich dessen verdiente Strafe, wenn er ausser Schuld ist, nicht zuzieht. So sagt die *L.* 8. §. 1. *ff. de publican. et vectig.*, wenn von mehrern Erben, einer den Zoll von einer gemeinschaftlichen Sache nicht bezahlt, und selbigen defraudiret habe: so sey auch nur dessen und nicht der übrige Theil verwirket f). Hier trift also auch nur blos den die Strafe, der wider das Gesetz gehandelt hat, und diesen Fall können wir hier um so eher auch anwenden, da wie bekannt, bey Defraudationen des Zolls, die Gesetze sehr strenge sind, und doch nicht einen Unschuldigen gestraft wissen wollen.

§. 4.

Ohne noch weiter die diesseitige Meynung g), die überhaupt der Billigkeit so sehr angemessen ist, mit Gründen zu unterstützen, wol-

f) Sed si unus ex pluribns heredibus, rem munem, causa vectigalis subripiat, portiones ceteris non auferuntur.

g) *Fachineus* contr. iur. Lib. 1. c. 97. *Mynsinger* Cent. 3. obs. 66. *Carpzov* P. 2. const. 38. def. 5.

wollen wir nur noch in etwas die gegenseitige h) hier durchnehmen.

Man wirft uns ein: daß der verstorbene Erbzinsmann, wenn er den Kanon nur zum Theil bezahlt hätte, das Erbzinsgut ganz verlohren haben würde, also auch die Erben, da sie die Person des Verstorbenen vorstellten, es ganz verliehren müßten, wenn nur einige von ihnen, ihren Theil des Kanons entrichtet hätten.

§. 5.

In der vorhergehenden Meditation haben wir schon behauptet, daß das Erbzinsgut nicht verlohren gehe, sobald nur ein Theil des Kanons in der gesetzlichen Zeit bezahlt, oder dem Erbzinsherrn angeboten sey. Die hierin also unserer Meynung sind, müssen das gegenseitige Argument schon von selbst gleich verwerfen. Allein, wenn wir auch dieses bey Seite setzen: so könnte es hier doch keine Anwendung finden, weil die Erben, eigentlich nicht als Erben, sondern

h) *Berlich* P. 2. concl. 48. n. 28. *Harpprecht* comment. Inst. Tit de locat. cond. §. 3. n. §10 seqq. *Cocceii* Jus contr. Tit: Si ager vectig. qu. 11. *Watch* introd. in contr. iur. Sect. 3. cap. 4. membr. 4. subs. 3. §. 3.

vielmehr jeder von ihnen, als neue Erbzinsmänner anzusehen sind.

§. 6.

Ferner wirft man uns ein: sey der Kanon untheilbar, und daher müßte auch ein jeder Erbe den Schaden und die Strafe leiden, die auf die Nichtbezahlung des Kanons gesetzt sey. Dies will man aus der *L.* 4. §. 1. *ff. de verb. oblig.* beweisen. Allein nicht zu gedenken, daß in jenem Gesetze allein von einer conventionellen Strafe die Rede ist, und also auf unsern Fall nicht passet: so hätte doch vor allen Dingen auch erst von der Gegenseite erwiesen werden müssen, daß der Kanon ganz und gar keine Theilung zulasse. Dies ist aber noch gar nicht geschehen. Vielmehr können wir das Gegentheil, wenigstens in dem Verstande, als hier eine Theilbarkeit nöthig ist, immer nach dem, was wir bereits schon von dieser Materie gesagt haben, annehmen.

Die übrigen gegenseitigen Gründe lassen wir hier um deswillen vorbey, weil sie grösstentheils mit denjenigen, die schon in der vorigen Meditation angeführt sind, übereinstimmen, und wir also darauf nur blos verweisen können.

Ein

Ein und sechzigste Meditation.

Der Erbzinsmann ist schuldig, von den vergangenen Jahren, den rückständigen Kanon nachzubezahlen, wenn ihm wegen nicht bezahlten Kanons, das Erbzinsgut genommen ist.

§. 1.

Es fehlen uns zwar darüber bestimmte Verordnungen der Gesetze: ob von weltlichen Erbzinsgütern auch der Kanon noch müsse von den vergangenen Jahren nachbezahlet werden, wenn der Erbzinsmann wegen nicht bezahlten Kanons, aus dem Besitze des Gutes gesetzt sey; ob wir sonst gleich in Ansehung der Kirchengüter Gesetze hierüber antreffen i): allein demohngeachtet glauben wir doch immer, sicher behaupten zu können, daß auch bey weltlichen Erbzinsgütern, im obigen Falle, der rückständige Kanon noch müsse nachbezahlt werden k), selbst auch alsdenn

i) Auth. *Si rem* C. de S. S. eccles. Nor. 120. cap. 8.

k) *Harpprecht* Comment. ad Inst. Tit. de locat. cond. §. 3. n. 494. *Cocceii* de emphyteus. cap.

denn noch, wenn sich gleich der Erbzinsherr die Bezahlung desselben nicht ausdrücklich vorbehalten hat.

§. 2.

Wir schließen dieses nicht nur aus den angeführten Gesetzen, worin zwar blos von Kirchengütern die Rede ist, aber doch, wie wir glauben, mit gutem Grunde auch auf weltliche Erbzinsgüter angewandt werden können. Denn warum sollte eben hierin der Kirche ein größeres Vorrecht zustehn? — sondern wir können auch dieses noch daher beweisen, weil hier von Seiten des Erbzinsmannes eine wirkliche Schuld da ist, deren er sich nicht entledigen kann, wenn er gleich des Erbzinsguts wegen seiner eigenen Schuld verlustig wird. Ist dieses nicht in ähnlichen Fällen eben so? Muß nicht ein Pachter das rückständige Pachtgeld noch nachbezahlen, wenn er gleich aus dem Besitze der Pachtung gesetzt ist? und ist dies überhaupt denn so etwas ungewöhnliches, da hier doch weiter nichts, als eine noch rückständige Schuld abgetragen wird?

§. 3.

Allein so sehr gleich die diesseitige Meynung mit der Natur der Sache übereinkommt:

cap. 10. n. 9. In exerc. curios. Tom. I. Disp. 41. *Leyser* sp. 103. med. 11.

kommt: so sind doch unter den Rechtsgelehrten verschiedene, die das Gegentheil hievon behaupten l); und zwar, wie einige sagen, weil man nicht zugleich die Sache selbst und die Strafe dazu verlangen könne m); und wie andere wollen, weil niemand mit einer doppelten Strafe dürfe belegt werden. Beyde Einwürfe stehen aber der diesseitigen Meynung gar nicht entgegen, und können auch im Grunde nichts erweisen.

§. 4.

Wie weit der erste Grund richtig sey, lassen wir dahin gestellt seyn, und führen hier nur blos an, daß die Strafe wegen des nicht, in der gesetzlichen Zeit, bezahlten Kanons, und die Entrichtung des rückständigen Kanons nicht aus ein und eben dem Grunde herrühre, sondern beyde verschieden sind. Die Strafe des Verlustes des Erbzinsguts rühret aus dem Gesetze her, weil der Erbzinsmann dadurch ein unerlaubtes Faktum, welches zur Verachtung des Obereigenthumsherrn abzielet, begangen hat.

Die

l) Zu diesen gehören: *Menochius* Cons. 775. *Clarus* Lib. 4. Sent. qu. 10. n. 2. *Carpzov* P. 2. const. 38. def. 6. n. 10 seq.

m) L. 4 C. de pact. int. emt. L. 10 ff. de publ. et vectig.

Die Bezahlung des Kanons aber rühret aus dem Kontrakte her. Beydes läßt sich also gut mit einander vereinigen. Wäre hier der Fall, daß der Erbzinsmann entweder den Kanon bezahlen, oder das Erbzinsgut verliehren müsse: so könnte freylich der Erbzinsherr nur eins von beyden verlangen: allein dies ist hier, wie aus obigem ersichtlich, der Fall gar nicht, sonders beydes, die Strafe und die Entrichtung des Kanons ist mit einander verbunden. Auch ist hierin nichts unbilliges, da der Erbzinsmann doch die Zeit her, die Früchte von dem Gute genossen hat, also auch den Kanon nicht ohne Ursach bezahlt.

§. 5.

Man könnte hiergegen zwar einwenden, daß der Kanon eigentlich nicht wegen der gehobenen Früchte und Nutzungen; sondern zur Anerkennung des Obereigenthums gegeben werde. Hieraus würde also auch folgen, daß sobald der Erbzinsherr das Erbzinsgut zu sich nähme, auch die Anerkennung des Obereigenthums von Seiten des Erbzinsmannes aufhöre, und deswegen der rückständige Kanon, der doch aus jenem Grunde nur entrichtet würde, aufhöre. Allein dies paßt auf unsern Fall nicht, wo der Erbzinsmann den Kanon von der vergangenen Zeit noch

schul-

schuldig ist, sondern kann nur auf die künftige Zeit angewendet werden. Dort ist der Kanon nunmehr als ein wirkliches Debitum anzusehen, zu dessen Entrichtung der Erbzinsmann immer verbunden ist, wenn er auch gleich das Gut nicht mehr besitzet.

§. 6.

Der andere gegenseitige Grund: als wenn niemand eine doppelte Strafe leiden könne, findet hier eben so wenig einige Anwendung. Denn wer wird wohl die Bezahlung des Kanons, als einer wirklichen Schuld, für eine Strafe halten? Ist dies nicht eine Verbindlichkeit, die allein aus dem Kontrakte herrühret? — Hier leidet daher der Erbzinsmann, wenn er, nebst dem Verluste des Erbzinsguts, noch den rückständigen Kanon bezahlen muß, keine doppelte Strafe; sondern er wird nur darzu angehalten, wozu jeder Schuldner von selbst schon verbunden ist.

Zwey und sechzigste Meditation.

Hat ein Fuhrmann vorsetzlich den Zoll verfahren, so werden die Waaren, welche einem andern als dem Fuhrmann gehören, nicht verwirkt, und fallen nicht dem Fiscus anheim.

§ 1.

Wer den Zoll verfährt, und zwar aus Vorsatz, dessen Waaren werden nach den Verordnungen des römischen Rechts verwirkt, und fallen dem Fiscus anheim. Diese Strafe aber leidet nur allein der Eigenthümer der nicht verzollten Güter, wenn er nemlich selbst den Zoll vorsetzlicher Weise betrogen hat, nicht aber alsdenn, wenn sein Fuhrmann, ohne sein Wissen, die zollbaren Güter anzugeben unterlassen hat [n]).

§. 2.

u) *Henr. de Cocceii* de commissis §. 37. In exercit. curios. Tom. 1. disp. 63. *Sam. de Cocceii* Jus contr. Tit. de publican. et vectig. qu. 3. *Stryk* Us. mod. eod. tit. §. 17. Grube rechtl. Bedenken Th. 1. Bed. 103.

§. 2.

Wenn wir hier aber behaupten, daß der Herr der nicht verzollten Güter, jene Strafe nicht leide, wenn er selbst den Zoll nicht betrogen, oder seinem Fuhrmanne keine Gelegenheit dazu gegeben hat: so nehmen wir hier nur blos auf das römische Recht, nicht auf besondere Landesgesetze Rücksicht, da diese in dieser Materie sehr oft von den Grundsätzen des römischen Rechts abweichen.

§. 3.

In dem römischen Rechte finden wir keine Stelle, worin die Confiskation auch auf solche Güter sollte gesetzt seyn, die einer fremden Person, welche den Zoll selbst nicht verfahren hat, gehören. Ein Gesetz steht uns also hier auf keine Weise entgegen. — Es giebt zwar Stellen, worin die Confiskation und Verwirkung solcher nicht angegebenen Waaren verordnet ist: allein alle diese Stellen reden nur blos von dem Falle, wenn der Eigenthümer der Waaren selbst den Zoll betrogen hat o). Hier sind solche Güter verwirket,

o) *L.* 14. *ff. de publican. et vectig.* — — nam quod commissum est, statim *desinit eius esse, qui crimen contraxit:* dominiumque rei vectigali adquiritur.

wirket, und zwar mit Recht, da der Eigenthümer selbst jenes Gesetz vorsetzlich übertreten hat.

§. 4.

Sollten auch die Güter eines Unschuldigen dieser Strafe unterworfen seyn: so müßte doch auch nothwendig ein Gesetz dieses verordnen. Denn einen theils kann jene Verordnung, worin blos von der Confiskation derjenigen Güter, die dem Defraudanten selbst gehören, hier nicht auf den Fall gezogen werden, wenn einer fremden Person die nicht angegebenen Güter zustehen, da wir bey Strafen immer eher ein Gesetz restringiren als extendiren müssen; andern theils aber stehet auch jene Strafe nur blos auf die Defraudation des Zolls. Wer also den Zoll nicht vorsetzlich aus böser Absicht verfahren, oder keine Schuld hieran hat, der kann auch mit der darauf gesetzten Strafe nicht belegt werden, weil er völlig unschuldig daran ist, und nicht wider die Gesetze gehandelt hat.

§. 5.

Aber nicht blos eine rechtmäßige Billigkeit redet für diesen Satz, sondern auch selbst die Gesetze wollen nicht, daß ein Unschuldiger dieser Strafe solle unterworfen seyn.

seyn p). Würde es nicht in der That hart seyn, jemand so strenge zu bestrafen, der doch völlig ohne Schuld ist. — Denn daß dieses sey, setzen wir zum voraus. — Woran sollte sich auch ein solcher erholen? Etwa an dem Fuhrmanne? Allein wenn dieser nun selbst kein Vermögen hat, oder in einem fremden Lande ist? — Kurz, was vor Schwierigkeiten, zu dem Seinigen zu kommen, stoßen hier nicht auf allen Seiten auf!

Bey den Zolleinnehmern aber fallen alle diese Schwierigkeiten weg. Dieser kann sich weit eher in diesem Falle seines Schadens erholen, denn ihm stehen die leichtesten Wege hiezu offen. Er kann ja nur das Fuhrwerk, Wagen und Pferde einziehen, alsdenn fehlt ihm ja kein Mittel mehr, eine Geldstrafe, wenn er sie ja verlangen sollte, einzufordern.

§. 6.

p) *L.* 8. §. 1. *ff. de publ. et vectig.* Sed si unus ex pluribus heredibus rem munem causa vectigalis subripiat, *portiones ceteris non auferuntur. L.* 11. §. 2. *L.* 16. §. 11. *ff. eod. tit.* Magnus Antonius rescripsit: si colonus vel servi domini praedii ferrum illicite in praedio fecerint, *ignorante domino, nulla poena dominum teneri.*

§. 6.

Und endlich, wen würde am meisten jene Strafe treffen, wenn ohne Unterschied die nicht verzollten Waaren confiscirt werden sollten? Vorzüglich doch den Eigenthümer. Wäre dieser nun aber ganz außer aller Schuld, der Fuhrmann aber hätte blos aus böser Absicht den Zoll verfahren: so müßte hier offenbar der Unschuldige für den Schuldigen leiden, und vielleicht könnte es seyn, daß dieser am Ende ohne alle Strafe davon käme. In diesem Falle könnte es also oft der Fuhrmann darauf ankommen lassen, ob von ihm auch der Zoll eingefordert werde; geschähe dieses nun nicht, vielleicht aus Unachtsamkeit der Zolleinheber, so könnte er alsdenn ohne viele Gefahr immer eher den Zoll verfahren. Auf diese Art also würde solchen Fuhrleuten immer ein leichter und nicht so gefährlicher Weg zur Defraudation des Zolles, eröfnet.

§. 7.

Ob nun aber gleich die diesseitige Meynung, so vieles für sich hat, selbst mit der grösten Billigkeit übereinstimmt: so giebt es dennoch verschiedene Rechtsgelehrte 9), die behaup-

9) *Klock* de iure vectigal. Concl. 89. lit. B. *Mevius* ad Jus Lubecc. P. 2. Tit. 3. art. 6. n. 17.

behaupten, daß alle nicht verzollten Güter, sie möchten dem Fuhrmann eigen gehören oder nicht, der Confiskation unterworfen seyn, und daß nur blos dem wahren Eigenthümer derselben, der Regreß gegen den Fuhrmann deswegen zustehe.

§. 8.

Sie glauben, daß, da einmal eine generelle Verordnung vorhanden sey, nach welcher alle nicht beym Zolle angegebene Waaren verwirkt wären, und dem Fiskus anheim fielen, man auch nicht weiter einen Unterschied unter eigenthümlichen und fremden Waaren machen dürfe; sondern daß alle ohne Unterschied jener Strafe unterworfen seyn. Zum Beweise dieses Satzes berufen sie sich auf die beyden in den Pandekten und Codex sich befindenden Titel: *de publicanis et vectig.*

Allein so wenig in den Pandekten als dem Codex finden wir eine solche uneingeschränkte Verordnung. Es ist nur blos davon die Rede, wie wir auch schon oben gesagt haben, wenn der Eigenthümer der Waaren selbst den Zoll verfahren hat, nicht aber, wenn

n. 17 seqq. *Schilter* ex 42. §. 60. *J. H. Boehmer* Intr. in ius dig. Tit. de publ. et vectig. §. 22. *Hellfeld* iur. forens. §. 1691.

wenn dieses eine fremde Person ist. In jenem Falle können wir also nur der Gegenseite beypflichten.

§. 3.

Ferner sagt man: müsse hier der Herr der Waaren für das Faktum des Fuhrmanns stehen, da er diesen zur Wegbringung der Waaren gewählet, also auch es sich beymessen müsse, wenn er keinen rechtschaffenen Mann dazu ausersehen habe. — Wollen wir es auch zugeben, daß einem jeden immer die Freyheit zusteht, nach seinem Gefallen, diejenige Person, die er will, zur Wegschaffung seiner Waaren zu wählen, wie doch höchst selten der Fall ist; so wird man doch auch wieder eingestehen müssen, daß, sobald von Seiten des Eigenthümers der Waaren kein Versehn oder Nachläßigkeit da ist, er doch auch wegen der von seinem Fuhrmanne begangenen Defraudation keine Strafe leiden kann. Er müßte ja sonst für das Verbrechen des Fuhrmanns leiden, denn hierauf steht doch eigentlich die Strafe der Confiskation der nicht verzollten Waaren. Wäre hier noch von einer Schadensersetzung die Rede, so ließe sich jener Satz noch immer eher behaupten, ob wir auch gleich in diesem Falle den Herrn der Waaren nicht schuldig erkennen könnten, falls er

sich

sich nicht eines Versehens oder Nachläßigkeit schuldig gemacht hätte: allein da blos die Defraudation hier die Strafe dem Verbrecher zuzieht, so kann auch unmöglich so weit die Schuldigkeit des Herrn der Waaren, für das Faktum seines Fuhrmanns zu stehen, ausgedehnt werden.

§. 10.

Aber wie selten ist man auch in der Lage, daß man immer die Freyheit haben sollte, nach Gefallen einen Fuhrmann zu wählen: und wie selten hat man die Gelegenheit, sich nach ihrer Rechtschaffenheit u. s. w. zu erkundigen. Gemeiniglich trift man in einem Lande Leute an, die beständig von einem Orte zum andern fahren, und die hieraus Profession machen. Giebt man nun solchen Leuten seine Güter und Waaren mit; thut man hiebey, was eines jeden Schuldigkeit selbst erfordert: so fällt auch von selbst schon aller Grund weg, für dieser ihre Treue und Rechtschaffenheit zu stehen. Denn könnte hiezu einer verbunden werden, so würde man alsdenn auch eben so gut schuldig seyn, wenn sie auf andere Art Schaden angerichtet, oder sonst was begangen hätten, für sie zu stehen.

§. 11.

Die Gegner führen zur Begründung jenes Satzes, als wenn der Herr der Waaren

für seinen Fuhrmann stehen müsse, verschiedene Gesetze r) an: allein die Gesetze reden von diesem Falle gar nicht, sondern setzen immer eine Nachläßigkeit voraus, wenn sie jemand wegen des Faktum eines Dritten, angesehen wissen wollen. Ein jeder, wer diese Gesetze nur flüchtig durchsieht, wird dieses von selbst bald eingestehen müssen, und daher lassen wir auch eine umständliche Erklärung derselben vorbey.

§. 12.

Endlich können die Gegner auch daher keinen Grund für ihre Meynung hernehmen, wenn sie behaupten: daß so wie die Sachen mehrerer Societätsgenossen, wenn einer davon den Zoll verführe, insgesamt verwirkt wären, eben so auch hier, die Sachen eines fremden Eigenthümers, und zwar aus dem Grunde, weil ein Societätsgenosse für des andern Versehen stehen müsse s). Allein, wenn wir bey einer Societät auch dieses gelten lassen wollten: so würde daraus doch noch nicht folgen, daß eben deswegen auch der Herr der Waaren für den Schaden, den sein Fuhrmann anrichtete, zu stehen nöthig habe.

r) L. 23. ff. de minor. L. 10. de procurat. L. 60. §. 7. ff. locat.

s) Arg. L. 72 ff. pro socio.

habe. Ein Societätsgenosse stehet mit dem andern in einem ganz andern Kontrakte, als einer, der einen Fuhrmann bedungen hat. Von jenen läßt es sich immer eher sagen, daß es ihrer eigenen Schuld beyzumessen ist, wenn sie in der Wahl eines Societätsgenossen nicht die gehörige Sorgfalt angewandt haben, nicht aber von diesem. Zudem ist es auch noch nicht von der Gegenseite genugsam erwiesen, daß in jenem Falle des andern unschuldigen Societätsgenossen seine Waaren mit verwirkt sind; vielmehr haben wir immer eher Ursache, nach den Gesetzen zu schliessen, daß der unschuldige Societätsgenosse durch das Faktum des andern, jener Strafe gar nicht mit unterworfen sey t).

Kann man also so wenig aus den Gesetzen, als aus andern Gründen einen Beweis für die gegenseitige Meynung hernehmen, der nur von einiger Erheblichkeit seyn sollte: so thut man doch immer besser, die diesseitige Meynung, die doch nicht blos eine rechtmäßige Billigkeit, sondern auch die Gesetze selbst auf ihrer Seite hat, der gegenseitigen vorzuziehen.

t) L. 8. §. 1 ff. de publ. et vectig. L. 52. L. 59. §. 1 ff. pro socio.

Drey und sechzigste Re-
ditation.

Dem Gläubiger ist es nicht erlaubt, über die fälligen Zinsen sich eine besondere Handschrift ausstellen zu lassen, und sie zu einem neuen Kapital zu schlagen.

§. 1.

Zinsen von Zinsen zu nehmen, ist nach dem römischen Rechte, an verschiedenen Stellen ausdrücklich verboten u), und es soll einem Gläubiger auf keine Weise frey stehen, die Zinsen, so wenig die bereits schon fälligen, als die noch fällig werden können, zu einem Kapi-

u) *L.* 28. *C. de usuris* — — Quapropter hac apertissima lege definimus, *nullo modo licere cuiquam usuras praeteriti temporis, vel futuri in sortem redigere, et earum iterum usuras stipulari.* Sed et si hoc fuerit subsecutum: usuras quidem semper usuras manere, et nullum usurarum incrementum sentire: sorti antem antiquae tantummodo incrementum usurarum accedere. *L.* 26. *C. et L.* 29 *ff. de usuris. L.* 26. §. 1. *ff. de cond. ind.*

Kapital zu schlagen, und wiederum davon Zinsen nehmen. — So deutlich nun gleich hier die Gesetze reden, so wollen doch einige Rechtsgelehrte v) dieses als eine Ausnahme von der Regel ansehen, und dann nicht für unerlaubt halten, wenn die Zinsen zu einem neuen Kapitale geschlagen, und darüber eine besondere Handschrift ausgestellet werde.

§. 2.

Sie glauben, es sey ja im Grunde einerley, ob der Gläubiger erst die Zinsen sich wirklich auszahlen lasse, und dann zu einem neuen Kapital mache, oder ob er dieses thue, ohne sie erst wirklich in Empfang zu nehmen. Da es nun in dem Falle, wenn der Gläubiger sich wirklich die Zinsen habe aus-

zah-

v) *Cothmann* Vol. I. Cons. 18. n. 218. *Berlich* P. 2. dec. 268. n. 8. *Mevius* discuss. levam. inop. debit. Cap. 4. Sect. 6. n. 28. *Mevius* P. 4. dec. 213. *Mylius* de anticipatione usurarum. *Boehmer* Tom. 2. dec. 442. n. 8. *Cramer* Tom, 1. obs. 432. *Manzel* de anatocismo licito vel illicito. *Bauer* de usur. sort. imputand 1760. Noch gehören hieher Wibel neue Wahrheit von der Gerechtigkeit Zinsen von Zinsen zu nehmen 1733. *Ayrer* de arbitrio iudicis circa usur. mut. 1750. *Carrach* de anatocismo licito et illicito 1756.

zahlen lassen, ihm erlaubt sey, solche demselben Schuldner wieder als ein Kapital hinzugeben: so müsse ihm solches auch in Ansehung der fälligen Zinsen frey stehen, ob sie ihm gleich nicht ausgezahlt wären.

§. 3.

Wollten wir auch annehmen, daß im Grunde kein wesentlicher Unterschied da sey, wenn jemand die ihm schuldigen Zinsen erst in Empfang nimmt, und dann wieder als ein neues Kapital austhut: oder wenn solches gleich geschiehet, ohne sich die Zinsen vorher geben zu lassen: so müssen wir auch auf der andern Seite zugeben, daß, sobald man hier den Gläubigern diese Freyheit erst verstattet, das Verbot wegen des Zinswuchers auch ganz ohne alle Wirkung werde. Alsdenn wird es ein leichtes seyn, jenem Verbote auszuweichen, und gewinnsüchtige Gläubiger haben die besten Mittel, ihren Wucher gegen ihre Schuldner auszuüben. — Zudem aber wird sich mancher Schuldner immer leichter dazu verstehen, Zinsen, die er noch nicht bezahlt hat, besonders, wenn unbarmherzige Gläubiger ihm zusetzen, zu einem neuen Kapital zu nehmen, als solche, die er schon bezahlt hat, wieder anzunehmen.

§. 4.

Ferner aber ist die Folge: als wenn man, so wie die bezahlten, also auch die noch unbezahl-

bezahlten und rückständigen Zinsen wieder zu einem neuen Kapital schlagen könne, nicht richtig. Denn Zinsen, so lange sie noch nicht bezahlt sind, bleiben immer Zinsen, und Zinsen von Zinsen zu nehmen, ist einmal verboten; Zinsen aber, die erst wirklich bezahlt sind, hören nunmehr auch auf, Zinsen zu seyn. Giebt man diese also wieder dem Schuldner hin, uud macht hieraus ein neues Kapital, so handelt man auch nicht wider das Verbot, und empfängt auch in der Folge keine Zinsen von Zinsen.

§. 5.

Selbst aber in unsern Gesetzen wird man gewiß keine Stelle, auch nicht einmal eine mit diesem Falle etwas ähnliche Stelle finden können, wo ein solches Mittel, sich Zinsen von Zinsen zu bedingen, erlaubt seyn sollte. Denn die *L.* 58. §. 1. *ff. de admin. et peric. tut.* und *L.* 10. §. 3. *ff. mand.* können hier gar nicht hergezogen werden.

Werden hier gleich Zinsen von Zinsen zuerkannt: so ist doch im ersten Gesetze nicht von ein und eben demselben Schuldner die Rede; sondern sowohl in dessen Person, als der Schuld selbst war vorher eine Aenderung vorgegangen; im andern Gesetze aber hatte jemand für einen andern Zinsen eingefodert, und sie in seinem Nutzen verwandt, daher

er

er denn auch, wie nicht anders billig war, wieder Zinsen davon geben mußte.

§. 6.

Jene Meynung stimmt also mit den Gesetzen nicht überein, und daher glauben wir auch, daß auf diese Art, Zinsen zu einem neuen Kapital zu schlagen, immer unerlaubt sey x).

Wir haben schon oben gesagt, daß die Gesetze schlechtweg verboten haben, Zinsen von Zinsen zu nehmen. Jener Fall aber, wo über die fälligen, aber noch nicht bezahlten Zinsen eine neue Handschrift ausgestellet wird, und solche zu einem neuen Kapital geschlagen werden, ist ganz offenbar mit unter jenem Verbote begriffen. Denn es heißt ganz deutlich in der angeführten L. 28 C. de usur: *nullo modo licere cuiquam usuras praeteriti temporis, vel futuri in sortem redigere etc.*

Jene

x) *Brunnemann* ad L. 28. C. de usur. *Struv* ex 27. th. 50. *Henr. de Cocceji* de Anatocismo Sect. 2. §. 11. In exercit. curios. Vol. 1. disp. 87. *Huber* prael. iur. Tit. ff. de usur. n. 6. *Leyser* sp. 243. med. 9. *Pufendorf* Tom. 3. obs. 68. Strube rechtl. Bedenken, Th. 5. Bed. 64.

Jene Verordnung will also auf alle mögliche Weise dem Wucher der Gläubiger Einhalt thun; dieses würde aber gewiß nicht geschehen, wenn man Zinsen wieder zu einem neuen Kapital schlagen dürfte. Wollte dieses der Gesetzgeber als eine Ausnahme von der gegebenen ganz generellen Regel gelten lassen: so hätte es doch nothwendig mit angezeigt werden müssen, da man sonst, wenn man den Grund dieses Gesetzes näher betrachtet, sie auf keine Weise hier billigen kann. Im Grunde wäre alsdenn auch keine Ursache einzusehen, warum jenes Gesetz gegeben worden sey, da es doch einerley ist: ob die Zinsen nur schlechtweg zu dem alten Kapital geschlagen, oder aber, ob darüber eine neue Handschrift ausgestellet, und daraus ein ganz neues Kapital gemacht werde. Ersteres halten aber selbst die gegenseitigen Rechtsgelehrten für unerlaubt.

Bleibt daher jenes Mittel, sich über die fälligen Zinsen eine besondere Handschrift ausstellen zu lassen, immer nichts weiter, als ein erdachter Kunstgriff der Gläubiger, um ihren Wucher zu bemänteln, im Grunde aber doch immer eben so gut auf diese, wie auf die andere Art ein Wucher: so kann man auch ein solches Mittel, Zinsen von Zinsen zu fordern, für nichts anders als gesetzwidrig und unerlaubt halten.

§. 7.

§. 7.

Viele der vorhin angeführten Rechtsgelehrten sind nun zwar darin einverstanden, daß nach den allgemeinen Rechten, der separirte Anatocismus, wie sie es nennen, verboten sey; allein sie behaupten doch, daß nach der Praxis solcher geduldet werde. Diese Meynung hat auch *Hellfeld.* in iurispr. forens. §. 1135 angenommen.

Wir sehen nicht ein, wie man sich hier auf eine Praxis berufen kann, da mehrere von den, für die diesseitige Meynung angeführten Rechtsgelehrten, ebenfalls Präjudicia anführen, nach welchen gegen einen solchen Anatocismus gesprochen ist; und überhaupt auch im allgemeinen jede Praxis gewöhnlich sehr schwankend ist, und wenn sie bey jedem Falle nicht bestimmt erwiesen werden kann, ein Richter nicht nach ihr, sondern nach den Gesetzen sprechen muß.

Vier und sechzigste Meditation.

Die auf den Zinswucher gesetzte Strafe findet alsdenn nicht statt, wenn sich jemand höhere Zinsen hat versprechen lassen, aber solche nicht eingefordert hat.

§. 1.

In einer über 300 Rthlr. errichteten Schuldverschreibung hatte sich der Gläubiger von seinem Schuldner 12 Procent Zinsen jährlich versprechen lassen. Nach Verlauf dreyer Jahre, da der Schuldner so wenig die Zinsen, als das Kapital, welches er in dieser Zeit zu bezahlen versprochen hatte, entrichtete, klagte der Gläubiger wider denselben, forderte aber nur die gewöhnlichen, nemlich fünf Procent Zinsen. Von Seiten des Schuldners aber wurde ihm die Einrede des Zinswuchers entgegengesetzet, welche Einrede er durch die von dem Gläubiger selbst beygebrachte Schuldverschreibung zu erweisen suchte. Es entstand daher die Frage: ob die

auf

auf den Zinswucher gesetzte Strafe y) statt finden könne?

§. 2.

Dem ersten Anscheine nach, scheinet diese Frage müssen bejahet zu werden z), denn theils sind von Seiten des Gläubigers, sobald er sich höhere Zinsen versprechen läßt, die wider den Zinswucher gegebne Gesetze übertreten; theils lehren andere Stellen unserer Gesetzbücher a), daß nicht immer zu einem Verbrechen die wirkliche Ausübung desselben erfordert werde, sondern daß öfters die bloße Absicht solches zu begehen, zur Bestrafung hinlänglich sey.

§. 3.

y) Nach dem römischen Rechte wurde der Zinswuchrer ehrlos: nach dem geistlichen Rechte verlohr er das Recht zu testiren, wurde überdem noch excommuniciret, und erhielt nach seinem Tode ein unehrliches Begräbniß: nach den Reichsgesetzen geht der vierte Theil des Kapitals verlohren, und erfolgt überdem noch nach der von den Rechtsgelehrten angenommenen Meynung, eine willkührliche Bestrafung.

z) *Rivinus* de privato in principem imperii usurariae pravitatis reo.

a) L. 8. C. ad leg. Corn. de falf. L. 3. §. 2. ff de calum: L. 3 ff. quod quisque ius:

§. 3.

Ehe wir diese Scheingründe näher zergliedern, wollen wir vorher anzeigen, was man eigentlich unter dem Zinswucher verstehen müsse. Nach der von den meisten Rechtsgelehrten angenommenen Erklärung, begeht der einen Zinswucher, welcher boshafter Weise von seinem Gläubiger höhere Zinsen nimmt, als ihm Gesetze zu nehmen verstatten.

Diese Erlärung würde schon hinreichend seyn, unsere Meynung, die auch von den größten Rechtsgelehrten b) angenommen wird, zu rechtfertigen, daß nemlich die auf den Zinswucher gesetzte Strafe nicht anders statt finde, als wenn der Gläubiger wirklich höhere Zinsen gehoben hat, wenn wir nicht noch selbige aus den Gesetzen c) erweisen könnten.

§. 4.

b) *Mevius* part. 6. dec. 402. part. 8. dec. 185. *Wernher* part. 1. obs. 299. *Leyser* sp. 246. m. 6. *J. H. Boehmer* J. E. P. Tom. 5. Lib. 5. Tit. 19. §. 37. *G. L. Boehmer* princ. iur. can. §. 881. M. s. die 28ste Medit. §. 8. und die daselbst angeführten Rechtsgelehrten.

c) L. 20. C. ex quib. caus. inf. irrog. R. A. vom Jahr 1577. Tit. 17. §. 8.

§. 4.

Die von uns angeführte *L.* 20. *C. ex quib. cauſ. inf. irrog.* verordnet folgendes: *improbum foenus exercentibus, et uſuras uſurarum illicite exigentibus, infamiae macula irroganda eſt.* Dieſes Geſetz erfordert zum Zinswucher nicht blos, daß man ſich habe höhere Zinſen verſprechen laſſen, ſondern daß man ſelbige auch wirklich eingefordert habe. Zwar würden wir aus dieſem Geſetze nicht völlig den Beweis für unſere Meynung hernehmen können, da durch die Reichsgeſetze eine beſondere Strafe auf denſelben geſetzt worden iſt; allein da dieſe Reichsgeſetze in dem Punkte davon nicht abweichen, ſo können wir wenigſtens analogiſch daraus einen Schluß auf unſern Fall herleiten.

§. 5.

Aber ſo ſetzet der Reichsabſchied vom Jahre 1577. Tit. 17. §. 8 ausdrücklich zum voraus, daß, falls die auf den Zinswucher geſetzte Strafe ſtatt finden ſoll, auch wirklich höhere Zinſen müſſen gehoben ſeyn. Die Worte deſſelben ſind dieſe: zudem, daß derjenige, ſo ſolche wucherliche Kontrakte und Partiken hinfüro künftiglich nach Publicirung dieſer unſrer Ordnung üben würde, den vierten Theil

an

an seiner Hauptsumma verlohren u. s. w. b).

Daß hier das Wort üben, so wie wir behauptet haben, zu verstehen sey, muß einem jeden schon daraus einleuchten, wenn man nur erwägen will, daß widrigenfalls in Ansehung der Strafe gar kein Unterschied seyn würde, wenn derjenige, der sich höhere Zinsen hat versprechen lassen, eben so stark, als derjenige, der selbige wirklich gehoben hat, solle bestraft werden.

§. 6.

Setzen wir nun noch dieses hinzu, daß da, wo es auf Strafe ankommt, immer die billigere Meynung vor der strengeren den Vorzug verdiene; so wird man auch nicht Anstand nehmen können, unserer Meynung vor der entgegengesetzten den Vorzug einzuräumen. Aber selbst die gegenseitigen im zweyten Paragraph angeführten Gründe sind nicht von der Beschaffenheit, die entgegengesetzte Meynung beweisen zu können. Denn es bleibt noch immer ein wesentlicher Unterschied zwischen einem solchen, der die Absicht hat,

b) Gleiche Verordnung enthält die P. O. vom Jahr 1548 *Tit.* 17. §. 7. Auch gehören hieher R. A. vom Jahr 1500. *Tit.* 31. P. A. vom Jahr 1530. Tit. 27. §. 7.

hat, ein Verbrechen zu begehen, und zwischen dem, der es wirklich begeht. Erstere könnte nur derjenige haben, der sich höhere Zinsen versprechen läßt, solche aber nicht fordert. Hiedurch stehet er ja freywillig davon ab, und so wie derjenige, der ein sich vorgenommenes Verbrechen freywillig unterläßt, nicht so hart bestraft wird, so muß auch hier ein gleiches statt finden, zumal da der Schuldner noch keinen Schaden gelitten hat, und es schon genug ist, daß der Kontrakt, in so weit als er wucherlich ist, für ungültig erkläret wird e).

§. 7.

So können auch endlich die aus dem römischen Rechte angeführten Gesetze hier um deswegen nichts beweisen, da selbige von einem ganz andern Falle reden, mithin auch der Schluß davon auf gegenwärtigen in allem Betrachte fehlerhaft ist.

Nach jenen von uns angeführten Gründen, muste also nothwendig der Gläubiger, mit dem auf den Zinswucher gesetzten Verluste des vierten Theils des Kapitals verschont bleiben.

e) Theil 1. Med. 28.

Fünf

Fünf und sechzigste Meditation.

Die actio pignoratitia geht nicht gegen den dritten Besitzer des Pfandes.

§. 1.

Die actio pignoratitia entspringt aus dem Pfandkontrakte, und steht dem Schuldner gegen den Gläubiger zu, ihm das Pfand wieder herauszugeben.

Soll aber diese Klage mit Wirkung angestellet werden, so muß der Schuldner seine Schuld bezahlt haben f), oder wenigstens sich im Gerichte zur Bezahlung derselben erbieten g).

§. 2.

Kann aber auch nicht diese Klage gegen den dritten Besitzer angestellet werden? Wir wollen den Fall setzen, der Gläubiger verpfändet den ihm für 100 Rthlr. versetzten Garten an einen andern für eben die Summe,

f) L. 9. §. 3 ff. de pign. act.
g) L. 9. §. 5 ff. de pign. act.

me, kann da der erste Schuldner nicht von dem dritten Besitzer, wenn er sich zur Bezahlung der Schuld erbietet, die Zurückgabe des Pfandes durch diese Klage fordern?

Viele Rechtsgelehrte b) behaupten dieses. Die Gründe, die sie zum Beweise ihrer Meynung vorbringen, sollen uns lehren, ob wir derselben beypflichten können.

§. 3.

Die Natur der persönlichen Klagen — worunter doch ohnstreitig die actio pignoratitia gehöret, — lehret schon, daß solche gegen den dritten Besitzer der Sache nicht statt finde. Sollte also, in Absicht der actio pignoratitia, eine Ausnahme gemacht werden, so müßten davon auch Gesetze anzutreffen seyn, da man doch nicht willkührlich Ausnahmen von einer Regel machen kann. Aber ein

b) *Mevius* part. 5. dec. 345. *Brunnemann* ad L. 11 ff. de pign. act. n. 11, *Leyser* sp. 155. med. 5. *Cannengiesser* dec. Hass. Cass. Tom, 1. dec. 41. n. 2. Struben rechtl. Bedenken, Theil 5. Nr. 70. *Wernher* Tom. 3. obs. 2. *Berger* Oecon. iur. Lib. 3. Tit. 2. th. 17. not. 3. *Püttmann* de actione pigner. contra tertium pignoris possessorem creditori haud deneganda, in adversi. iur. civ. Lib. 2. Cap. 3.

ein solches Gesetz können uns die Gegner nicht aufweisen.

Zwar scheinen einige Stellen des römischen [i]) und geistlichen [k]) Rechts, die gegenseitige Meynung zu begünstigen: allein eine genaue Betrachtung muß uns auch bald lehren, daß diese Gesetze sich auf diesen Fall keinesweges anwenden lassen.

§. 4.

Wir wollen, um dies zu zeigen, die Gesetze selbst hier einrücken. Die *L.* 110. §. 2. *ff. de pign. act.* enthält davon folgendes: *Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino solvente pecuniam, quam debuit, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur.* Und in dem *cap.* 6. X. *de pign.* heißt es am Ende — *ipsas* (*sc. possessiones*) *tibi restituendas esse decrevimus, et te per nuncium nostrum in possessionem induci fecimus corporalem.* — In beyden Stellen wird zwar gesagt, daß das Pfand, nach bezahlter Schuld müsse herausgegeben werden, und daß man solches von dem dritten Besitzer zurückfordern könne; aber daß

i) L. 40. §. 2 ff. de pign. act. L. 2. C. si pign. det. L. 2. 3. 4. 6. si vend. pign.

k) Cap. 6. X. de pign.

man einen dritten Besitzer auch durch die actio pignoratitia belangen könne, wird man in jenen Gesetzen nicht finden. Sie bestimmen in dem darin vorgetragenen Falle die Klage selbst nicht, und daher kann man auch solches unmöglich von dieser Klage verstehen, sondern es bleibt hier der Schuldner, falls seine zum Pfand gegebne Sache von dem Gläubiger wiederum verpfändet ist, keine andere, als die Eigenthumsklage wider den dritten Besitzer übrig.

§. 5.

Außer dieser Eigenthumsklage, kann aber auch der Pfandschuldner in folgenden Fällen gegen einen dritten Besitzer des Pfandes die actio pignoratitia utilis anstellen; erstens wenn der Pfandgläubiger bey der weitern Verpfändung des Pfandes an einen Dritten, seinem Schuldner das Einlösungsrecht ausdrücklich vorbehalten, und zweytens, wenn jener, diesem, seine gegen den dritten Besitzer des Pfandes zustehende actio pignoratitia directa abgetreten hat. Diese beyden Fälle müssen wir hier billig von der Regel ausnehmen, da übrigens zwar alle Gesetze den dritten Besitzer zur Herausgabe des Pfandes, nach bezahlter Schuld, anweisen, die deshalb anzustellende Klage aber unbestimmt lassen.

§. 6.

§. 6.

Auf diese Art müßte also in jenem oben erzehlten Falle, die von dem Schuldner gegen den dritten Besitzer des Pfandes angestellte actio pignoratitia, da ihm die exceptio non competentis actionis entgegen stehet, nach der Meynung der größten Rechtsgelehrten l), ja selbst den Gesetzen nach, als unstathaft verworfen werden.

l) *Schilter* ex 26. §. 10. *Boehmer* J. E. P. Tom. 1. Lib. 1. Tit. 2. §. 72. *Cocceii* J. C. Tit. de pign. act. qu. 14. *Berger* elect. disc. forens. part. 2. suppl. pag. 202. *Lauterbach* de pign. act. §. 16. *Schneider* de incompetentia actionis pign. contra tertium. *Warnekross.* s. *Schlichtgrull* Diss. an actio pignoratitia directa contra tertium possessorem instituí queat? 1777. *Lütkens* Diss. de actione pignoratitia contra tertium non competente 1777. *Brack* Diss. de actione pignoratitia contra tertium pignoris possessorem competente et non competente 1786.

Sechs und sechzigste Meditation.

Eine Novation kann nicht durch wahrscheinliche Muthmaßungen erwiesen werden, sondern es werden dazu deutliche Worte und die ausdrückliche Aufhebung der ersten Obligation erfordert.

§. 1.

Unter der Novation im eigentlichen Verstande verstehet man diejenige Handlung, wodurch eine bisher bestandene Verbindlichkeit aufgehoben, und unter denselben Personen, in eine andere verändert, oder welches eins ist, an der Stelle der alten Verbindlichkeit, eine neue gesetzt wird.

Diese Novation kann in mehrern Rücksichten geschehn, als z. B. wenn man das ganze Fundament der Verbindlichkeit aufhebt, und dafür ein neues in dessen Platz. Gesetzt also A ist an B hundert Thaler aus einem Kaufkontrakte schuldig, giebt ihm aber dafür eine Verschreibung, und erklärt darin, daß die erste Schuld aus dem Kaufkontrakte

auf-

aufgehoben, und die jetzige Schuld ihm von B als ein Darlehn vorgeschossen sey: so ist dies eine Novation, wodurch die Schuld aus dem Kauf, in eine Schuld aus einem Darlehn, verwandelt wird.

Wenn aber die Partheyen sich nicht ausdrücklich erkläret haben, daß bey Errichtung einer zweyten Obligation, die erstere völlig kassiret und aufgehoben seyn solle, indessen aber doch starke Vermuthungen eintreten, woraus man auf die Aufhebung der ersten Obligation schließen kann; kann dadurch denn auch eine Novation erwiesen werden? Viele Rechtsgelehrte m) wollen zwar diese Frage bejahen; allein wir halten mit vielen andern n) die entgegengesetzte Meynung den Ge-

m) *Fachineus* contr. lib. 3. contr. 92. *Gail* lib. 2. obs. 30. *Christineus* vol. 3. dec. 180. n. 9. *Schilter* ex 9. §. 23. *Leyser* sp. 526. m. 6. Strube rechtl. Bedenken, Th. 4. Bedenk. 50. am Ende und 194. *Crell* de animo novandi factis expresso.

n) *Carpzov* lib. 5. resp. 105. et part. 2. const. 19. def. 14. *Mevius* part. 2. dec. 338. n. 1. *Hahn* ad Wesenb. Tit. de nov. et deleg. n. 6. *Lauteubach* colleg. th. pr. eod. tit. §. 10. *Struv* ex 47. §. 57. *Stryk* U. M. Tit. de nov. et deleg. §. 2. *Cocceii* J. C. eod. tit. qu. 3. *Wernher* part. 5. obs. 85. *Hommel* Rhapf. obs. 560.

Gesetzen weit angemessener, und erfordern daher, daß jede Novation mit ausdrücklichen Worten geschehen müsse; widrigenfalls die alte Verbindlichkeit bey Kräften bleibt, und die neue ebenfalls gültig ist.

§. 2.

Unter den alten Rechtsgelehrten war es zwar ausgemacht, daß man aus starken Vermuthungen, die Absicht der Partheyen, eine Novation einzugehen, erweisen könne: welche Vermuthungen aber, diese zu beweisen, hinreichend waren, das war eben die Frage, die so vielen Streit unter denselben veranlaßte o).

Justinian, der den Nachtheil, der aus einer solchen Ungewißheit entspringen mußte, wohl einsah, verordnete daher, daß man nie eine Novation, als mit ausdrücklichen Worten eingehen sollte, und hob dadurch den Streit, der sonst unter den Rechtsgelehrten darüber geherrschet hatte, aus welchen Vermuthungen man nehmlich auf eine Novation schließen könne, auf einmal auf.

§. 3.

Die Verordnung, die wir darüber im Codex p) antreffen, verdient, daß wir selbi-

ge

o) §. 3. J. quib. mod. coll. oblig.

p) L. ult. C. de nov. et deleg. *Werlhoff* diss. ad L. fin. C. de novat. et delegat. 1709.

ge hier völlig einrücken. Sie ist folgende: *Novatiorum nocentia corrigentes volumina, et veteris iuris ambiguitates resecantes, sanci-mus: si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam, vel minuendam esse crediderit, vel conditionem seu tempus addiderit, vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes: nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare, et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint: et generaliter definimus voluntate solum esse, non lege novandum, et si non verbis exprimatur, ut sine novatione (quod solito vocabulo ἀνεν καινότητος Graeci dicunt) causa procedat, hoc enim naturalibus inesse rebus volumus, et non extrinsecus verbis supervenire.*

§. 4.

Die Veranlassung dieses Gesetzes, die, wie wir in dem zweyten Paragraph schon gesagt haben, diese war, um die vielen Streitigkeiten aufzuheben, muß unserer Meynung vor der gegenseitigen einen großen Vorzug geben. Denn wollte man jetzt Vermuthungen gelten lassen, um daraus eine Novation

zu

zu erweisen; so muß man auch zugeben, daß dadurch alle die alten Streitigkeiten: welche Vermuthungen nehmlich hinreichend sind, keinesweges aufgehoben worden. Widerspricht aber das nicht offenbar der Absicht Justinians? Ist es nicht selbst den klaren Worten des Gesetzes entgegen? Denn was wollen die Worte: *nisi ipsi specialiter remiserint, quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint*, anders, als dieses, daß alsdenn nur eine Novation gelten solle, wenn solches ausdrücklich und deutlich ausgedrückt ist. Eben so klar redet auch der angeführte 3te §. der Institutionen in dem Titel: *quib. mod. obl. toll.* in den Worten *ideo processit nostra constitutio, quae apertissime definivit, tunc solum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt.*

§ 5.

So sehr also unsere Meynung in den Gesetzen selbst gegründet ist, so können auch die gegenseitigen Gründe uns nicht von dem Gegentheile überführen. — Man sagt: stillschweigende Verträge binden eben so sehr, als ausdrückliche, und es sey gleichviel, ob einer durch Handlungen oder Worte, seinen Willen zu erkennen gebe, hierauf ziele auch Justinian,

stinian, wenn er am Ende jenes Gesetzes noch hinzusetze: *et generaliter definimus voluntate solum esse, non lege novandum.*

§. 6.

Was zuerst diese Worte des Gesetzes anbetreffen, so wird es auf den richtigen Verstand derselben ankommen. Uns scheinet von so vielen Erklärungen diejenige am richtigsten zu seyn, welche *Cocceji in iur. contr. Tit. de nov. qu.* 3. anführet: nehmlich Justinian verwirft in jenen Worten die Gesetze der alten Rechtsgelehrten, die die Absicht, eine Novation einzugehen, aus Vermuthungen herleiten wollen, *non lege novandum esse, sed voluntate:* denn die Absicht, eine Novation eingehen zu wollen, kann nicht aus Vermuthungen, sondern aus dem Willen der Partheyen gefolgert werden, wenn anders dieser Wille klar und deutlich ist.

Die übrigen beyden Einwürfe aber sind weniger erheblich. Denn wir können es zwar zugeben, daß stillschweigende Verträge eben so gültig als ausdrückliche sind, und daß man seinen Willen eben so gut durch Handlungen als Worte zu erkennen geben könne: aber sobald der Gesetzgeber ausdrückliche Worte verlanget, so fallen jene Zweifel von selbst weg.

§. 7.

§. 7.

Schließlich wollen wir, um den praktischen Nutzen des von uns angeführten Satzes zu zeigen, einen Fall anführen, worin jene Frage bestritten wurde.

Titius hatte von dem Mevius aus einem Pachtkontrakte 100 Rthl. zu fordern, und zur Sicherheit dieser Gelder hatte sich Cajus verbürget. Nach einigen Jahren ließ sich Titius von dem Mevius eine Handschrift geben, worin dieser die Schuld als ein Darlehn übernahm, auch zur Sicherheit seinem Gläubiger eines von seine Grundstücken zur special Hypothek setzte. Einige Jahre nachher aber entstand über des Mevius Vermögen ein Konkurs, und weil die Masse zur Bezahlung des Titius nicht hinreichte; so stellte dieser wider den Bürgen Klage an, und forderte von demselben die Bezahlung. Der Bürge aber wollte sich dazu nicht verstehen, sondern gab vor, daß wegen der zwischen dem Titius und Mevius eingegangenen Novation er von seiner Bürgschaft befreyet sey, indem bekannten Rechten, daß durch eine Novation alle der Hauptschuld anklebende Nebenverbindlichkeiten aufgehoben würden q). Allein, allen diesen ungeachtet

q) L. 8. pr. L. 18. L. 26 ff. de nov. et deleg.

achtet wurde doch der Bürge zur Bezahlung verurtheilet, weil in der Handschrift nicht ausdrücklich die erstere Verbindlichkeit aufgehoben war.

Sieben und sechzigste Meditation.

Zur Anweisung (delegatio) wird eben so wie zur Novation erfordert, daß solche mit ausdrücklichen Worten geschehe.

§. 1.

Die Anweisung ist diejenige Handlung, da der Schuldner mit Einwilligung seines Gläubigers einem andern an seine Stelle setzet, oder da ein neuer Schuldner mit seiner Bewilligung, an die Stelle des erstern gesetzt wird.

Sie unterscheidet sich von der Novation dadurch, daß bey dieser weder der Gläubiger, noch Schuldner, sondern nur die Art der Verbindlichkeit, bey jener aber die Person des Schuldners verändert wird.

§. 2.

§. 2.

Daß bey der Anweisung eben so wie bey der Novation ausdrückliche Worte erfordert werden r), können wir nicht nur blos durch allgemeine Grundsätze: sondern auch selbst aus den Gesetzen erweisen.

In der vorhergehenden Meditation haben wir bereits solches von der Novation dargethan, bekanntlich aber ist die Anweisung eine Art der Novation im allgemeinen Verstande genommen. Wir ziehen daher daraus folgenden Schluß: was bey der Novation Rechtens ist, das muß auch bey der Anweisung, als einer Art der Novation, Rechtens seyn.

Der Beweis dieses Schlusses gründet sich in der bekannten Regel des Schließens: *quidquid valet de genere, valet etiam de specie.*

§. 3.

Aber so fehlet es uns auch nicht an Gesetzen, unsere Meynung zu beweisen. Wir beru-

r) *Carpzov* lib. 5. resp. 105. n. 18. et part. 2. const. 19. def. 16. *Berger* part. I. suppl. ad E. D. For. cent. I. cons. 78. *Boehmer* Cons. et resp. Tom. 3. cons. 1047. n. 7. et in intr. in ius dig. tit. de nov. et deleg. §. 12. *Stryk* U. M. eod. Tit. §. 3. *Cocceii* J. C. eod. tit. qu. 4.

berufen uns auf die in der vorhergehenden Meditation angeführte *L. ult.* C. *de nov.* worin ausdrücklich Justinian mit von der Delegation redet, wenn er sagt: *si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit.* Diese Stelle ist so deutlich, daß wir weiter nichts hinzuzusetzen haben, sondern nur noch mit wenigen die Einwürfe der Gegner s) zu prüfen brauchen.

§. 4.

Der Hauptgrund, weswegen man bey der Anweisung auch Vermuthungen zulassen will, besteht darin: theils weil bey der Anweisung weniger Zweifel, als bey der Novation, in Ansehung des Willens der Partheyen, die erste Verbindlichkeit aufzuheben, eintreten können: theils weil jene Verordnung des Justinians als ein verbesserndes Gesetz nicht dürfe ausgedehnt werden. Aber daß die *L. ult.* C. *de nov.* nicht weiter ausgedehnet werde, als die Worte desselben gehen, lehrt die angeführte Stelle: und da Justinian einmal sowohl bey der Anweisung als Novation ausdrückliche Worte erfordert, so brau-

s) *Hahn* ad Wesenb. Tit. de nov. et deleg. n. 8. *Gail* lib. 2. obs. 30. n. 9. *Mevius* part. 2. dec. 240. 241. part. 7. dec. 13. *Schilter* ex. 37. §. 191. Grubens rechtl. Bedenken, Th. 4. Bedenk. 194. pag. 503.

brauchen wir uns auch darum nicht zu bekümmern, ob bey der Frage: ist eine Anweisung geschlossen oder nicht? weniger Zweifel eintreten können, als bey der Novation. Kann es denn aber auch nicht möglich seyn, und kann man denn wohl behaupten, daß, sobald eine dritte Person die Schuld des Hauptschuldners übernimmt, dieser dadurch gleich seiner Verbindlichkeit entlassen sey? ist es nicht eben so wahrscheinlich, daß die dritte Person zu mehrerer Sicherheit der Hauptverbindlichkeit hinzugetreten sey? Und warum soll man hier gerade für eine Anweisung vermuthen, wenn die Partheyen nicht ausdrücklich sich darüber erkläret haben? Ist deswegen der Hauptschuldner seiner Verbindlichkeit nicht ausdrücklich entlassen: so kann sich der Gläubiger, falls er die Bezahlung von dem, an den er die Anweisung erhalten hat, nicht erlangen kann, an den ersten Schuldner halten.

Acht und sechzigste Me-
ditation.

Bey Abtretung einer Erbschaft ist der malae fidei possessor nicht schuldig, Zinsen, die er von den Erbschaftsgeldern hätte heben können, zu restituiren.

§. 1.

Nach dem Absterben des Titius meldete sich Cajus als nächster Erbe, und trat jenes Erbschaft an, ob er gleich wohl wußte, daß Mevius der wahre Erbe sey. Einige Zeit nachher kam Mevius, welcher sich in der Fremde aufgehalten hatte, wieder zurück, nnd stellte wider den Cajus, als Besitzer der Erbschaft, die Erbschaftsklage (*hereditatis petitio*) an. Unter andern forderte er auch von dem Cajus die Zinsen, die er von den vorräthigen Erbschaftsgeldern hätte heben können.

In dem in dieser Sache erfolgten Urtel, wurde Cajus zwar zur Restitution der Erbschaft cum fructibus perceptis et percipiendis angewiesen, von Bezahlung aber der Zinsen, die er hätte heben können, freygesprochen.

§. 2.

Zwar scheint wider diese Entscheidung erinnert werden zu können: daß der *m. f. possessor* eben so gut zur Bezahlung der Zinsen, als zur Erstattung der Früchte, die er hätte heben können, hätte müssen verurtheilet werden, indem die Rechte t) Zinsen mit den Früchten vergleichen, also auch das, was bey diesem Recht ist, bey jenen Recht zu seyn scheine. — Allein wenn gleich in dem angeführten Gesetze Zinsen mit den Früchten verglichen werden, so kann man daraus doch noch nicht eine allgemeine Regel um so weniger herleiten, da im gegenwärtigen Falle bey beyden ganz verschiedene Gründe eintreten.

§. 3.

Früchte werden aus der Sache selbst gezogen, und ein jeder guter Hausvater wird seine unbeweglichen Güter, so gut er kann, nutzen. Diese Schuldigkeit liegt aber auch dem m. f. possessor auf; denn im Grunde leidet er gar keinen Nachtheil oder Gefahr dar-

t) *L.* 34 *ff. de usur.* Usurae vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari: et ita in legatis et fideicommissis, et in tutelae actione, et caeteris iudiciis bonae fidei servatur. Hoc idem igitur in caeteris obventionibus dicemus.

darunter, wenn er unbewegliche Güter, die er selbst nicht gebrauchen kann, andern untergiebt, denn solches geschieht auf Gefahr des wahren Herrn. Ganz anders aber ist es mit den Zinsen, denn gehet das Kapital verlohren, so muß er dafür haften; und so ist auch nicht immer eine gute Gelegenheit da, Geld sicher unterzubringen. Unberdem verordnen auch die Rechte u) in diesem Falle ausdrücklich, daß der Besitzer zur Restitution der Zinsen, die er hätte heben können, nicht gehalten seyn solle, weswegen denn auch jenes Urtel den Rechten allerdings angemessen war.

u) *L.* 20. §. 14 *ff. de hered. pet.* Papinianus autem libro tertio quaestionum, si possessor hereditatis pecuniam inventam in hereditate non attingat, negat eum omnin in usuras conveniendum.

Brunnemann ad L. 62 ff. de rei vind. *Schilter* ex. 15. §. 40. *Struv* ex. 10. §. 68. *Cocceii* J. C. Tit. de hered. pet. qu. 15.

Neun und sechzigste Meditation.

Bey der Schätzung der Früchte, die man hätte heben können, siehet man nicht darauf, ob sie der Besitzer, sondern ob sie der wahre Herr der Sache hätte heben können.

§. 1.

Bey dem in der vorigen Meditation erzählten Falle, entstand zugleich die Frage: ob man die fructus percipiendi nach der Person des Besitzers oder des wahren Herrn beurtheilen müsse? das ist, um die Sache deutlicher zu machen, wenn der wahre Herr darthun kann, daß er, falls er die Sache besessen, daraus mehrere Früchte hätte ziehen können; ob alsdenn der Besitzer schuldig sey, solche dem Herrn zu vergüten, wenn er gleich wenigere gehoben hat? Diese Frage wird in unserm Rechte so entschieden: *generaliter autem, cum de fructibus aestimandis quaeritur, constat animadverti debere, non an malae fidei, possessor fruitus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset, quam sententiam*

tiam Julianus quoque probat v). Diese Entscheidung hat nichts unbilliges, denn sobald jemand wissentlich eine fremde Sache sich zueignet, ist er auch allerdings verbunden, dem wahren Herrn von allen und jeden Rechenschaft zu geben, und dieser kann mit Recht die Ersetzung derjenigen Früchte von ihm fordern, die er, falls er die Sache selbst besessen, hätte heben können.

§. 2.

So klar und deutlich jene gesetzliche Entscheidung ist; so können wir doch auch nicht leugnen, daß es Gesetze gebe, die das Gegentheil zu behaupten scheinen. So sagt nemlich die L. 5. C. de rei vind. *Domum quam ex matris successione ad te pertinere, et ab adversa parte iniuria occupatam esse ostentis, praeses provinciae cum pensionibus, quas percepit, aut percipere poterat, et omni causa damni dati restitui iubebit.*

Allein der in diesem Gesetze erzählte Fall ist so beschaffen, daß wir von demselben keinen

v) L. 62. §. 1 ff. de rei vind. *conf.* L. 20 ff. eod. L. 39. § 1 ff. de leg. 1. *Brunnemann* ad L. 62 ff. de rei vind. n. 4. *Hahn* ad Wesenb. Tit. de rei vind. n. 7. *Carpzov* part. 3. const. 32. def. 30. n. 9. *Struv* ex. 11. §. 18. *Hellfeld* Jurispr. forens. Tit. de rei vind. §. 590. *Bauer* de aestimandis et restituendis fructibus.

nen Entscheidungsgrund auf gegenwärtige Sache hernehmen können. Das Gesetz sagt nehmlich, daß der malae fidei possessor schuldig sey, nicht blos die Miethe, die er von dem in Besitz genommenen Hause gehoben, sondern auch die er hätte heben können, herauszugeben. Und zu weiter nichts konnte er auch angehalten werden, da der wahre Herr des Hauses, falls er es auch besessen, nichts weiter als die Miethe hätte heben können. Zudem entscheidet dies Gesetz, die von uns aufgeworfene Frage nicht, sondern sagt nur, daß der m. f. possessor die fructus percipiendi herausgeben müsse, wie selbige aber geschätzet werden müssen, davon schweiget das Gesetz.

Siebenzigste Meditation.

Ein Erbzinsmann kann dem Obereigenthumsherrn, wider dessen Willen, das Erbzinsgut nicht zurückgeben; eben so wenig, wie solches auch ein Meyer zu thun berechtigt ist.

§. 1.

Die Natur und Eigenschaft eines jeden, unter zweyen Theilen geschlossenen unwiderruflichen

ruflichen Kontrakts lehret es schon deutlich, wie wenig es einem Theile erlaubt sey, einseitig und wider des andern Willen von demselben abzugehen. Diese Regel ist so allgemein wahr und richtig, daß wir, wenn nicht die Gesetze selbst eine gewisse Ausnahme davon machen, nie von ihr abzuweichen befugt sind.

§. 2.

Mit den Erbzinsgütern, und eben so auch mit den Meyergütern hat es gleiche Bewandniß. Der Erbzinsmann kann so wenig wie der Erbzinsherr, wenn sonst keine rechtmäßigen Ursachen hiezu da sind, einseitig von seinem Kontrakte zurückgehen, sondern da beyde Theile hier in gegenseitiger Verbindlichkeit stehen; so können sie sich auch derselben wider des andern Willen nicht entledigen. Wollte daher der Erbzinsmann dem Obereigenthumsherrn das Erbzinsgut zurückgeben: so würde er offenbar gegen jenen Satz anstoßen, und deswegen kann ihm auch solches unmöglich nach Gefallen verstattet werden r).

§. 3.

r) Wie solches behaupten: *Brunnemann* ad L. 66 ff. de usufr. n. 6 seqq. *Carpzov* P. 2. decis. 139. *Leyser* sp. 105. corr. 1. Struve rechtl. Bedenken, Th. 2. Bed. 144. pag. 554, *Krauss* de emphyt. renunciat. invito domino invalida.

§. 3.

Selbst aber die Gesetze bestätigen hierin die diesseitige Meynung. Denn, wenn gleich die *L.* 3. *C. de fund. patrim.*, und das *Cap.* 3. *X. de immun. eccles.* eigentlich nicht von privat Erbzinsgütern reden: so können wir doch jenes Gesetz nichts destoweniger, eher für eine Regel, als eine Ausnahme von derselben ansehen, weil uns im gemeinen Rechte eine andere Regel darüber fehlt, und dieses Gesetz auch mit der Natur und Eigenschaft der Sache selbst, und des unter beyden Theilen eingegangenen Kontrakts vollkommen übereinstimmt.

§. 4.

Dieses vorausgesetzt, läßt sich auch gar nicht behaupten, daß nach der Analogie des Lehnrechts, die Aufkündigung dem Erbzinsmanne erlaubt sey y). Denn wenn gleich ein Vasall das Recht hat, das Lehn zu refutiren und den Lehnskontrakt aufzukündigen z): so kann

y) Dieses wollen jedoch behaupten: *Schilter* ex. 16. §. 88. seqq. *Boehmer* Intr. in ius dig. Tit: Si ager vectig. §. 8. *Hellfeld* eod tit. §. 616. Buri Erläuterung des Lehnrechts, pag. 903.

z) 2 *Feud.* 38. — — quia vasallus etiam sine domini voluntate recte feudum refutare potest.

kann man doch diese Disposition eines besondern Rechtes nicht auf ein ius commune anwenden, und von jenem auf dieses schließen. Zudem tritt bey Vasallen auch hier noch ein besonderer Grund dazu ein. Denn so merkt Strube am angeführten Orte an: Man habe um deswillen die Aufkündigung des Lehnkontrakts geschehen lassen, weil man in den ältern Zeiten Bedenken getragen habe, gezwungene Vasallen zum Kriegsdienste zu gebrauchen; denn da noch unter den Kriegsleuten keine gehörige Zucht eingeführt gewesen: so würden sie sich großen Gefahren nicht blos gestellet haben. — Dieser Grund würde nun freylich wohl heut zu Tage wegfallen, weil die Vasallen in Person nicht mehr zu dienen pflegen: allein dem ohngeachtet ist jene gesetzliche Verordnung noch nicht außer Gebrauch. Denn wie oft gelten noch Gesetze, wenn gleich der Grund, warum sie gegeben sind (ratio legis), gar keine Anwendung mehr findet? — Hieraus läßt sich doch aber so viel hernehmen, daß wir in unserm Falle, aus der Analogie des Lehnrechts ganz und gar nicht eine Regel hernehmen, und sie hier anwenden können.

§. 5.

Ferner stehet hier auch die bekannte Rechtsregel nicht im Wege, daß ein jeder seinem Rechte renunciiren könne. Nach dieser

ser würde aber dem Erbzinsmanne frey stehen, sich seines nutzbaren Eigenthumsrechts zu begeben. — Allein obige Regel kann, wie leicht einzusehen ist, nicht allgemein für richtig und geltend angenommen werden, besonders wenn dieses Recht, dessen sich jemand begeben will, aus einem Kontrakte, der beyde Theile verbindet, herrühret, oder die Entsagung desselben zu des andern Nachtheile gereichen kann. Es steht daher auch dem Erbzinsmanne, da der Obereigenthumsherr immer dabey mit interessiret ist, nicht frey, sein Erbzinsgut ihm zurückzugeben, wenn er damit nicht friedlich ist, eben so wenig, wie solches auch den Meyern, die gegen einen gewissen Zins, Güter im Besitze haben, nicht zugestanden wird.

Ein und siebenzigste Meditation.

Wetten, die über ganz indifferente Sachen eingegangen, sind gültig und verbindend.

§. 1.

Es wetteten zwey Bekannte über eine ganz indifferente, aber an sich doch anständige Sache,

che, um 30 Rthlr. Wie sich nun diese Sache entschied, wollte der Verlierer die Wette nicht ausbezahlen, weil er glaubte, daß Wetten, die überhaupt wie Glücksspiele anzusehen, unerlaubt, auch selbst in unsern Gesetzen a) solche nur in einigen Fällen, wozu dieser aber nicht gehörte, für gültig und verbindlich anerkannt wären. In Ansehung der Wette selbst, war kein Fehler begangen. Es war hier so wenig hinterlistig, als betrüglich gehandelt, auch die Sache, worüber gewettet, nicht unanständig noch unehrbar, endlich auch die Summe der Wette nicht übermäßig hoch, und konnte auch von beyden, ohne sich Schaden zu thun, bezahlt werden: also konnte aus jenen Ursachen die Wette nicht angefochten werden.

§. 2.

Es kommt hier demnach darauf an, in wie weit überhaupt solche Wetten erlaubt sind. In unsern Gesetzen sind sie nirgends verboten, wenn nur der Gegenstand derselben nicht unanständig, oder unschicklich ist. Das

bereits

a) *L.* 3 *ff. de aleator:* In quibus rebus ex lege Titia, et Publicia, et Cornelia, etiam sponsionem facere licet. *Sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non lieet. Wissenbach* Disp ad ff. P. 1. disp. 23. §. 18. *Stryk* Us. mod. Tit. de aleat. §. 20.

bereits angeführte Gesetz bestätigt dieses gleich anfangs, wo es heißt: *etiam sponsionem facere licet*; und eben so stimmt auch noch die L. 17. §. 5 ff. *de praescript. verb.* damit überein. Es heißt darin: *Si quis sponsionis causa annulos acceperit, nec reddit victori, praescriptis verbis actio in eum competit*, und es wird nur am Ende die Ausnahme beygefügt: *Plane si inhonesta causa sponsionis fuit, sui annuli duntaxat repetitio erit.*

§. 3.

Ueberdem sind Wetten auch nichts anders, als unter einer gewissen Bedingung eingegangene Conventionen, die in unsern Gesetzen [b]), wenn auch gleich selbige ganz indifferente Sachen betreffen, doch als gültig und verbindend anerkannt sind. — Da nun die Gesetze und der grösste Theil der Rechtsgelehrten [c]), solche Wetten, die keinen an sich unanständigen und unschicklichen Gegenstand

b) L. 57. 63. 108. 129 ff. de verb. obligat.

c) *Hering* de fideiuss. Cap. 18. n. 42 seqq. *Struv* ex. 15. §. 58. *Finkelthaus* obs. 33. *Brunnemann* ad L. 3 ff. de aleator. *Carpzov* P. 2. Const. 19. def. 18. *Leyser* sp. 127. med. 1. *Strauss* et *Schacher* de sponsionibus. *Ludovici* de natura et interpretatione sponsionum. Willenberg de sponsionibus.

stand zum Grunde haben, für erlaubt halten, und dem Gewinner derselben, das Recht, solche einzufordern, zugestehen: so mußte auch in unserm Falle der Verlierer schuldig erkannt werden, die in der Wette verlohrne 30 Rthlr. zu bezahlen.

§. 4.

Es scheinet zwar, als wenn die oben angeführte *L.* 3 *ff. de aleat.* nicht diejenigen Arten von Wetten, wovon hier die Rede ist, für verbindend halte, weil es am Ende heißt: *sed ex aliis, ubi pro virtute certtamen non fit, non licet.* Allein wenn man dieses Gesetz mit dem vorhergehenden zusammenhält: so wird man bald sehen, daß hier blos von solchen Wetten, die über ein Spiel eingegangen werden, nicht aber von andern Arten Wetten, die Rede sey. Diejenigen Wetten, heißt es daher nach jenem Gesetze, welche über solche Spiele: *ubi pro virtute certamen non fit*, eingegangen werden, die sollten von keiner Gültigkeit seyn.

§. 5.

Eben so kann man auch nicht von den Glücksspielen auf die Wetten schließen, und daher, weil jene verboten sind, auch diese für ungültig halten; denn jene ziehen weit schlimmere Folgen nach sich, als diese. Nicht nur, daß Glücksspiele weit anziehender sind, als

ten, und daher mehr zum Müßiggang Gelegenheit geben, so geben sie auch auf der andern Seite die meiste Ursache zum Streit und Unruhe. Sie schaden dem Vermögen des Spielers ungleich mehr als die Wetten, und konnten daher auch eher verboten werden, als diese. Denn wie oft trift man Menschen an, die durch das Spiel, besonders, wenn sie große Neigung dazu haben, sich um ihr ganzes Vermögen gebracht, und diesem allein ihre Dürftigkeit zuzuschreiben haben; aber sieht man diese Folgen wohl von den Wetten? diese haben das Anziehende von jenem lange nicht, und daher ist auch der Nachtheil davon nicht zu befürchten, welchen Justinian in der *L.* 3. *C. de aleat.* von den Spielen angiebt. *Quidem enim nec ludentes, nec ludum scientes, sed numeratione tantum propria substantias perdiderunt die noctuque ludendo, argento, apparatu lapidum et auro. Consequenter autem ex hac inordinatione blasphemare Deum conantur.* Hieraus sieht man also, daß der Grund, warum in den Gesetzen die Glücksspiele verboten sind, sich nicht immer auf die Wetten anwenden lasse.

§. 6.

In hiesigem Fürstlich Lippischen Lande ist wegen Zulässigkeit der Wetten unterm 23sten Merz 1789 folgende Verordnung erlassen:

Die

Die in gemeinen Rechten zugelassene und in hiesigen Landesgesetzen auch nicht ausdrücklich verbotene Wetten können, wenn sie unbedachtsam und auf einen wichtigen Theil des Vermögens des Wettenden geschlossen werden, den nachtheiligsten Einfluß auf Familien Wohlfahrt haben; und es ist Erfahrung gewesen, daß sie auch hier im Lande so eingegangen, und Prozesse darüber entstanden sind.

Damit sie es künftig nicht weiter so werden: so verordnen Wir hiedurch, daß von nun an, auf eine Wette, wenn sie nicht gerichtlich geschlossen und bestätigt worden, nie eine Klage von einem Gerichte in dieser Grafschaft angenommen, also auch nie anders auf ihre Gültigkeit, von wem sie auch gemacht seyn mag, erkannt werden soll.

Zwey und siebenzigste Medi-tation.

Zum Verkauf unbeweglicher Güter eines Pupillen, wird die Subhastation nicht nothwendig erfordert.

§. 1.

Die Gesetze haben nicht ohne Grund den Vormündern den Verkauf unbeweglicher Grundstücke ihres Pupillen untersagt. Nur unter gewissen und bestimmten Einschränkungen haben sie solchen zugelassen, wenn nemlich eine dringende und nothwendige Ursache zum Verkauf da ist [d]), solche von der Obrigkeit untersucht [e]), und endlich der Verkauf von derselben genehmiget worden ist [f]). Feh-

let

d) L. 22. C. de adm. tut.

e) L. 12. C. de praed. minor.

f) L. 10. 11. 12. C. de praed. minor. Es ist aber nicht nöthig, daß das Dekret dem Verkauf vorhergehe, sondern der Verkauf bleibt auch gültig, wenn gleich das Dekret nachher ertheilt seyn sollte. *Berlich* dec. 149. *Schilter* ex. 47. §. 211. *Wernher* vol. 1. part. 1. obs. 254. part. 2. obs. 446.

Das

let eins von diesen Stücken, so ist der Verkauf null und nichtig, und der Pupill kann die verkaufte Sache von einem jeden vindiciren g).

§. 2.

Zu diesen in den Gesetzen vorgeschriebenen Solemnitäten rechnen nun noch verschiedene Rechtsgelehrten h) die Subhastation. Sie behaupten nemlich, daß wenn unbewegliche Güter eines Pupillen verkauft werden sollten, nothwendig solcher Verkauf durch die Subhastation geschehen müsse, und falls solche unterlassen, der Verkauf null und nichtig sey.

Ehe wir die Gründe, worauf diese Meynung sich stützet, anführen, wollen wir die Ursache anzeigen, weswegen wir jener Meynung nicht beypflichten können.

§. 3.

Das Gegentheil behaupten *Carpzov* lib. 5. resp. 68. n. 18 seq. *Sande* de proh. rer. alien. part. 1. cap. 1. §. 5. n. 68 seq.

g) L. 5. §. 15 ff. de reb. eor. qui sub tut.

h) *Carpzov* lib. 5. resp. 72. *Sande* de prohibita rerum alien. part. 1. cap. 1. §. 5. n. 72. *Philippi* de subh. cap. 2. com. 2. n. 23 seqq. et in usu pract. inst. lib. 3. ecl. 91. n. 10.

§. 3.

Sehen wir nun die Gesetze i) an, die von dem Verkauf unbeweglicher Güter des Pupillen reden, wie sorgfältig geben selbige nicht alle Feyerlichkeiten, die bey einem solchen Verkauf zu beachten sind, an; aber wo gedenken sie wohl, oder wo verordnen sie, daß nothwendig durch die Subhastation der Verkauf vorgenommen werden müsse. Aus diesem Stillschweigen der Gesetze können wir daher immer einen Schluß auf die Richtigkeit unserer Meynung machen; denn warum sollen wir noch andre Feyerlichkeiten annehmen, wenn die Gesetze solche nicht verlangen?

§. 4.

Es wird uns daher nicht schwer fallen, zu zeigen, wie unbedeutend diejenigen Gründe sind, worauf die gegenseitige Meynung beruhet.

Man sagt, durch die Subhastation werden nicht nur dem Vormunde die Mittel benommen, seinen Pupillen zu hintergehen, sondern auch durch sie der wahre und höchste Werth einer Sache herausgebracht. Allein so

i) L. 22 ff. de adm. tut. L. 5. §. 9 ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt. L. 12. C. de praed. minor. L. 5. §. 5. C. de adm. tut.

so wenig daraus, was nützlich und für den Pupillen heilsam ist, gefolgert werden kann, daß solches auch nothwendig geschehen müsse, eben so wenig kann man auch schließen, daß wenn die Subhastation bey dem Verkaufe unbeweglicher Güter eines Pupillen vortheilhaft, selbige auch nothwendig sey. Ist der Pupill nicht genug durch die in den Gesetzen bey dem Verkaufe seiner unbeweglichen Güter zu beachtenden Feyerlichkeiten gesichert? und wird eine kluge und vorsichtige Obrigkeit nicht von selbst, falls sie die Subhastation für zuträglich hält, diese dem Vormunde anbefehlen? Giebt es endlich nicht noch andere Mittel, als die Subhastation, um den wahren Werth einer Sache herauszubringen? und ist es denn beständig wahr, daß durch Subhastation die zu verkaufende Sache am theuersten verkauft werde? Handelt ein Vormund nicht eben so gut, und geht er nicht immer gewisser, wenn er, um den wahren Werth einer Sache zu erfahren, solche durch Sachverständige schätzen läßt, und darauf bey dem Verkaufe Rücksicht nimmt?

§. 5.

Eine gleiche Beschaffenheit hat es auch mit den Gesetzen, wodurch die Gegner ihre Meinung zu erweisen sich bemühen. Es ist wahr, die *L.* 7. §. 8. *ff. de minor.* gedenket

eines Falles, da die Güter eines Minderjährigen subhastiret sind: allein dieses Gesetz rechnet doch nicht die Subhastation zu einem nothwendigen Stücke bey dem Verkauf der Pupillengüter, und so lange das nicht geschieht, so lange haben wir auch keinen Grund, solches zu thun. — Und eben so entscheidet die *L.* 3. *C. Si adv. fisc.* diese Frage nicht, da in diesem Gesetze davon die Rede ist, wenn bey der Subhastation selbst Fehler vorgegangen sind, und deswegen der Minderjährige restituiret ist.

§. 6.

Die noch übrigen Gesetze sind weniger wichtig. Denn wenn gleich in der *Auth. hoc jus porrectum C. de SS. eccl.* gesagt wird, daß Kirchengüter subhastiret werden sollen, so ist doch der Schluß von Kirchengüter auf Pupillengüter um so mehr fehlerhaft, weil bey dem Verkaufe jener Güter nicht eine so sorgfältige und genaue Untersuchung, wie bey dieser braucht angestellt zu werden. Und überdem redet auch nur jene *Auth.*, — wie aus der Vergleichung derselben mit der Nov. 120. Kap. 6 und 7. als ihrer Quelle erhellet, — von einem verpfändeten Kirchengute, welches so, wie alle Pfänder [f]), jedesmal öffentlich verkauft werden muß.

§. 7.

f) L. 9. C. de distr. pig.

§. 7.

Wir haben bisher von dem, was nothwendig zu einem rechtsbeständigen Verkauf der Pupillengüter erfordert wird, geredet. Hierdurch aber leugnen wir nicht, daß es immer am sichersten und besten sey, wenn der Vormund, falls er von seines Pupillen Güter was verkaufen muß, solche öffentlich verkaufen lasse: denn hiedurch vermeidet er wenigstens allen Verdacht, den er sich sonst zuziehen könnte, obgleich, wenn auch die Subhastation unterlassen ist, ein solcher Verkauf keinesweges als ungültig aufgehoben werden kann l).

l) *Brunnemann* ad L. 10 ff. de reb. eor. qui sub tut. *Stryk* U. M. eod. tit. §. 6. *Cocceii* cons. et resp. Tom. 2. resp. 558. n. 21. *Lynker* decis. dec. 180. *Wernher* part. 1. obs. 210. *Leyser* sp. 344. med. 11. *Schmid* de causis ex quibus permissa est rerum quae minorum sunt alienatio. *Hellfeld* iurispr. for. §. 1386.

Drey und siebenzigste Meditation.

Wenn gleich die in den Gesetzen vorgeschriebene Erfordernisse bey dem Verkaufe der unbeweglichen Güter eines Pupillen beobachtet sind, so kann dieser sich doch dagegen in vorigen Stand setzen lassen, falls er durch den Verkauf verletzet seyn sollte.

§. 1.

In der vorhergehenden Meditation haben wir die Stücke angegeben, die zu einem gültigen Verkauf der unbeweglichen Güter eines Pupillen erfordert werden, und dabey angeführt, daß, falls eines von diesen Stükken fehle, der Verkauf selbst null und nichtig sey. — Sind aber alle diese Stücke gehörig beobachtet, kann sich auch alsdenn der Pupill, falls er durch den Verkauf verletzet seyn solle, in vorigen Stand setzen lassen? Wir tragen kein Bedenken, diese Frage mit vielen Rechtsgelehrten m) zu bejahen.

§. 2.

m) *Fachineus* contr. iur. lib. 2. cap. 89. *Struv* ex 31. §. 88. *Hahn* ad Wesenbec. Tit.

§. 2.

Legen wir, um unsere Meynung außer Streit zu seßen, die Erfordernisse der Wiedereinseßung in vorigen Stand zum Grunde; sehen wir darnach die Geseße selbst an, die diese Frage entscheiden; so werden wir auch nicht einen Augenblick mehr an der Wahrheit unserer Behauptung zweifeln können.

§. 3.

Die Wiedereinseßung in vorigen Stand seßt nur blos bey den Minderjährigen eine Verleßung zum voraus. Ist diese so beschaffen, daß der Schade, den dadurch der Minderjährige gelitten hat, nur von einiger Erheblichkeit ist; so kann er auch die Handlung, wodurch ihm diese Verleßung zugefügt ist, mittelst der Wiedereinseßung in vorigen Stand aufheben. Diese allgemeinen Grundsäße können wir auch füglich auf gegenwärtigen Fall anwenden. Es ist wahr, sind die von uns erzählten Stücke bey dem Verkaufe unbeweglicher Güter des Pupillen beobachtet, so ist der Verkauf an sich gültig. Allein sehen wir denn auch bey der Frage,

ob

Tit. de reb. eor. qui sub. tut. vel cur. sunt n. 5. *Boehmer* intr. in ius dig. eod. tit. §. 8. *Sehilter* ex 37. §. 207. *Lynker* res. disc. for. res. 668. *Hellfeld* iur. forens. §. 1387.

ob die Restitution statt finde oder nicht, darauf, ob die Handlung, wogegen sich der Minderjährige in vorigen Stand will setzen lassen, gültig sey oder nicht? und kann wohl eine an sich gültige Handlung der Wiedereinsetzung in vorigen Stand im Wege stehen?

§. 4.

Aus diesen bekannten Sätzen würden wir also schon jene Frage entscheiden können; allein unsere Gesetze reden überdem noch so deutlich für uns, daß wir in der That nicht einsehen können, weswegen verschiedne Rechtsgelehrte n) das Gegentheil haben behaupten wollen.

Die Gesetze o), die wir desfalls für unsere Meynung nur kürzlich anführen wollen, reden alle von dem Fall, da Pupillengüter unter den gehörigen Erfordernissen verkauft sind, und verordnen, daß wenn dieselben zu gering verkauft sind, und der Pupill dadurch verletzet seyn sollte, vermittelst der Wiedereinsetzung in vorigen Stand der Verkauf wieder aufgehoben werden könne.

§. 4.

n) *Addus* de rest. in integr. qu. 57. art. 4. *Berlich* dec. 113. *Martini* com. forens. ad ord. prov. Tit. 39. §. 13. n. 100.

o) L. 11. C. de praed. minor. L. 7. §. 8 ff. de minor. L. 49. cod. tit.

§. 5.

Welcher Ausspruch kann deutlicher seyn, als derjenige, den wir in der *L.* 11. *C. de praed. minor.* finden. In diesem Gesetze sind die beyden Fälle, da der Verkauf eines Pupillenguts ohne und mit Bewilligung der Obrigkeit vorgenommen ist, genau von einander verschieden.

In dem ersten Falle sagt das Gesetz, wäre es unnütz, falls das Gut ohne Bewilligung der Obrigkeit verkauft sey, sich dagegen in vorigen Stand setzen zu lassen, da der Minderjährige ohnedem schon dadurch, daß der Verkauf null und nichtig wäre, gesichert sey. Im andern Falle aber könne der Pupill, wenn er durch den Verkauf verletzt worden, sich in vorigen Stand setzen lassen. *Si vero iure interposito decreto*, heißt es, *venditionem vili pretio eius possessionis, cujus vires ignorabat, fecit: iuxta perpetui edicti auctoritatem in integrnm restitutio, causa tamen cognita, praebetur.*

§. 6.

Eben dies sagen auch die noch übrigen zwey Gesetze. Die *L.* 7. §. 8 ff. *de minor.* enthält folgendes: *quaesitum est ex eo, quod in lucro quoque minoribus subveniendum dicitur, si res eius venierit, et existat qui plus liceatur: an in integrum propter lucrum restituendus sit?*

et

et quotidie praetores eos in integrum restituunt, ut rursus admittatur licitatio. Und die L. 49. ff. in eben dem Titel. *Si res pupillaris vel adolescentis distracta fuerit, quam lex distrahi non prohibet, venditio quidem valet: verum tamen, si grande damnum pupilli, vel adolescentis versatur, etiam si collusio non intercessit, distractio per in integrum restitutionem revocatur.*

§. 7.

Diese Gesetze sind so deutlich, daß wir nicht nöthig haben werden, den Einwurf, welchen man uns von der Gegenseite macht; daß nemlich diese Gesetze von dem Falle, wenn Pupillengüter nicht öffentlich verkauft worden, müßten verstanden werden, hier weitläuftig zu widerlegen.

Wir haben schon in der vorhergehenden Meditation den Ungrund dieser Behauptung widerlegt, und die angeführten Gesetze geben uns auch nicht den mindesten Grund an die Hand, woraus wir solches schließen könnten.

§. 8.

Wenn nun gleich, die der gegenseitigen Meinung zugethanen Rechtsgelehrte, in den Gesetzen p), worin gesagt wird: daß das Ei-

p) L. ult. C. Si propt. publ. pens. L. 5. C. de fid. et iur. hast. fiscal. L. 8. C. de remiss. pign.

Eigenthum einer, beim öffentlichen Verkaufe erstandenen, Sache, bei dem Käufer bleiben, uud ein solcher Kauf immer gültig seyn solle — Gründe für ihre Meinung zu finden glauben: so sind doch diese zu unbedeutend, als daß sie einer weitläuftigen Beantwortung verdienten. Wir können uns nur lediglich auf die 4te Meditation im ersten Bande beziehen, in welcher diese Gesetze erkläret sind, und brauchen diesem nur noch beizusetzen, daß bei der Wiedereinsetzung der Minderjährigen, auf die, ihnen in einem Geschäfte zugefügte, Verletzung gesehn wird, und dessen Gültigkeit ihr nicht im Wege stehet.

Vier und siebenzigste Meditation.

Wenn durch ein vom Landesherrn erlangtes Reskript der Verkauf eines Grundstückes des Pupillen genehmiget ist, so werden weiter keine Solemnitäten erfordert.

§. 1.

Ein Vormund hatte ein seinem Pupillen zugehöriges Grundstück mit landesherrlicher

Ge-

Genehmigung verkauft. Er hatte in seiner an den Landesregenten überreichten Bittschrift, um dessen Einwilligung zu diesem Verkauf zu erlangen, vorgestellt: daß dieser Verkauf zum wahren Besten seines Pupillen gereiche, so wol deswegen, weil dieses zu verkaufende Grundstück seinem Pupillen wenig einbringe, und das Kaufgeld davon, als ein zinsbares Kapital, weit vortheilhafter genuzt werden könne; als auch deswegen, weil sich jetzt eine gute Gelegenheit zum annehmlichen Verkaufe darbiete, welche, wegen weitere Entfernung dieses Grundstückes vom Orte, nicht so bald wieder zu erwarten sey. Aus diesen angeführten Ursachen genehmigte der Landesherr den Verkauf, und so wurde er von dem Vormunde abgeschlossen.

§. 2.

Allein nach erlangter Volljährigkeit des Pupillen, glaubte dieser an den Kauf nicht gebunden zu seyn, sondern suchte vielmehr solchen als null und nichtig deswegen anzugreifen, weil hier die in den Gesetzen bey dem Verkaufe der Pupillengüter vorgeschriebenen Feyerlichkeiten fehlten, und der Verkauf selbst nicht wegen dringender Schulden, sondern blos des Nutzens wegen unternommen sey.

§. 3.

§. 3.

Beydes mußte der Vormund eingeste-
hen, denn er konnte so wenig ein Dekret sei-
ner Obrigkeit vorzeigen, als weniger bewei-
sen, daß er zum Verkauf wegen dringender
Ursachen gezwungen sey. Zwar konnte nicht
geleugnet werden, daß der Verkauf an und
für sich selbst dem Pupillen nützlich gewesen
war, wie denn der Vormund durch eine Be-
rechnung zeigte, daß durch den Verkauf sein
Pupill mehr als 100 Rthlr. Vortheil ge-
habt habe: allein hier standen ihm die kla-
ren Worte der Gesetze entgegen, die den Ver-
kauf eines Pupillenguts des Nutzens wegen
schlechterdings verbieten q).

§. 4.

q) *L. 5. §. 14 ff. de reb. eor. qui sub tut. vel. cur sunt.* Si aes alienum non interveniat, tutores tamen allegent expedire haec praedia vendere, et vel alia comparare, vel certe istis carere, videndum est, an praetor eis debeat permittere? Et magis est, ne possit: praetori enim non liberum arbitrium datum est distrahendi res pupillares, sed ita demum, si aes alienum imminеat, proinde et si permiserit, aere alieno non allegato, consequenter dicemus, nullam esse venditionem, nullumque decretum: non enim passim distrahi iubere praetori tributum est, sed ita demum si urgeat aes alienum. *Nebelkrä* dec. 7.

§. 4.

So wahr aber alles dieses gleich ist, und so sehr hier die allgemeine Regel dem Vormunde im Wege stand; so konnte doch nicht anders, als auf die Gültigkeit dieses Verkaufs gesprochen werden.

Es ist wahr, die Unterobrigkeit ist allemal an die in den Gesetzen vorgeschriebenen Regeln gebunden: aber ganz anders verhält es sich mit dem Landesregenten, dem unstreitig das Recht gegen Gesetze zu dispensiren und Ausnahmen zu machen, zusteht. Um davon nur ein ähnliches Beyspiel anzuführen, brauchen wir uns nur auf die *L.* 1. §. 4. und *L.* 2 *ff. de reb. eor. qui sub tut. etc.* zu berufen. Der Fall, der in diesen Gesetzen enthalten, ist dieser. Ein Pupill hatte ein Gut gekauft, und dem Verkäufer bis nach bezahltem Kaufschillinge eine spezial Hypothek auf dieses Gut gegeben. Es entstand daher die Frage, ob ein solcher Vertrag und Hypothek gültig sey? Dieses wird in den angeführten Gesetzen verneinet, jedoch aber hinzugesetzt, daß, falls die gegebene Hypothek durch ein Reskript des Landesherrn bestätiget worden, solche allerdings gültig sey.

§. 5.

Hieraus würde man schon die Richtigkeit unserer Meinung analogisch erweisen kön-

können. Allein wir werden dieselbe noch mehr außer Zweifel setzen, wenn wir hinzufügen, daß selbst die Gesetze in dem Falle, wenn der Landesregent den Verkauf genehmiget, weiter keine Feyerlichkeiten erfordern, und den Verkauf für gültig erkennen. So verordnet die L. 2. C. quando decr. opus non est, *illud requirendum est, an adito Principe Saturninus vir clarissimus specialiter ius venditionis acceperit. Ad instar enim praesidialis decreti concessio principalis decreti accedit.* — Daß wir hier dies Gesetz von einem solchen Falle verstehen müssen, in welchem der Regel nach der Verkauf unbeweglicher Güter eines Pupillen nicht erlaubt ist, lehret eine kurze Betrachtung des Gesetzes selbst. Wollte man den Landesregenten an die Regeln, die die Unterobrigkeit beachten muß, einschränken; wollte man behaupten, daß jenes seine Macht sich nicht weiter, als dieser ihre erstrecke, so würde auch dies Gesetz völlig überflüssig seyn; denn das wird man doch nicht leugnen können, daß das Reskript eines Landesregenten eben die Wirkung, als ein Dekret der Obrigkeit habe, und daß so gut ein Landesregent als Obrigkeit, falls die zum Verkauf der Pupillengüter erforderliche Stücke da sind, den Verkauf genehmigen könne. Daraus leuchtet also offenbar hervor, daß hier eine Ausnahme von der Regel enthalten, und daß allemal nach der Meynung der berühm-

rühmtesten Rechtslehrer r) ein solcher Verkauf gültig seyn müsse.

§. 6.

Der Satz, welchen wir hier behauptet haben, muß aber dann seine Ausnahme finden, wenn der Vormund, oder ein anderer, die Genehmigung des Landesherrn erschlichen hat. Hiergegen findet allerdings die exceptio sub- et obreptionis statt s), und dieserhalb ist es einem Landesherrn wol zu rathen, daß er, zur Verhütung solcher Beschwerden, ohne durch seine Gerichte vorher angestellte Untersuchung, nie die Veräußerung der Pupillengüter genehmige.

r) *Berlich* dec. 149. *Struv* ex. 31. §. 87. *Stryk* U. M. Tit. de reb. eor. etc. §. 3. *Boehmer* intr. in ius dig. eod. tit. §. 3. *Cocceii* cons. et. resp. Tom. 2. resp. 558. n. 26. *Wernher* part. I. obs. 164.

s) L. 5. C. de praed. et al. reb. minor.

Fünf und siebenzigste Meditation.

Die Zinsen hören deswegen nicht auf zu laufen, wenn jemand ein Moratorium erhalten hat.

§. 1.

Der Hauptzweck, weswegen Moratorien ertheilt werden, ist wohl fürnehmlich dieser, damit solche, durch Unglücksfälle oder andere Ursachen, die einer übeln Wirthschaft nicht zugeschrieben werden können, — in Schulden gerathene Leute, von ihren Gläubigern nicht zu sehr gedrückt werden, sondern Gelegenheit haben, während der Zeit, da ihnen diese Anstandsbriefe ertheilt sind, sich zu erholen, und aus ihren Schulden zu machen. Ist dieses also der Zweck der Moratorien; so folgt daraus schon von selbst, daß durch sie, der Schuldner nicht seiner Schuld völlig erlassen, sondern ihm nur eine Frist gegeben werde, während der er durch Fleiß und gute Wirthschaft alles anwenden kann, um nachher seine Gläubiger desto leichter befriedigen zu können.

§. 2.

Nach diesem Zwecke beurtheilt, können Moratorien oft, so wohl für den Schuldner, als selbst für die Gläubiger von erwünschtem Nutzen seyn. Jener hat doch jetzt Gelegenheit, sich wieder zu erholen. Vielleicht glückt ihm dieses auch nunmehr, da er von seinen Gläubigern, die Zeit her, keine Anfechtung weiter zu befürchten hat, und daher also weit besser seine Umstände zu verbessern im Stande ist. Dieses möchte aber leicht fehl schlagen, wenn seine Gläubiger ihm hiezu nicht die gehörige Zeit verstatteten. — Ihnen erwächst daraus also auf der andern Seite eben so wohl Vortheil; sie können jetzt doch noch ihre völlige Befriedigung erhalten, die sie vielleicht sonst nicht würden so bald erlangt haben.

§. 3.

Wir haben um deswillen hier von dem Nutzen, den beyde, Schuldner und Gläubiger von Moratorien haben können, geredet, um daraus zu zeigen, wie sehr diejenigen Rechtsgelehrten irren, welche behaupten, daß, wenn während der Zeit, da ein Moratorium ertheilt ist, der Zinsenlauf nicht aufhören sollte, Moratorien so wohl ohne allen Nutzen seyn, als auch dadurch grade wider

alle

alle Billigkeit gehandelt würde t). Beydes ist falsch. Ersteres ergiebt sich schon zur Genüge aus demjenigen, was wir oben hievon gesagt haben. Es ist ja allen Schuldnern nicht darum zu thun, daß sie von ihren Gläubigern Nachlaß erhalten; sondern sie sind oft zufrieden genug, wenn ihnen nur Ruhe und Zeit zu bezahlen gegeben wird. Haben sie diese, so kann ihr Vortheil dadurch schon hinlänglich befördert werden.

§. 4.

Eben so ist es auch nicht wider Billigkeit, wenn ungeachtet eines Moratorium die Zinsen zu laufen, fortfahren. Ein anders ist es: ob es nicht zuweilen billig sey, seinem durch Unglücksfälle heruntergekommenen Schuldner, auch wenn er kein Moratorium hat, freiwillig die Zinsen zu erlassen; ein anders aber: ob es auch billig sey, wenn einem durch Ertheilung eines Moratorium das Recht genommen wird, die versprochenen Zinsen fordern zu dürfen. Dieses letztere wird man schwerlich behaupten können. Viel-

t) *Moller* semestr. Lib. 4. cap. 7. *Hering* de fideiuss. cap. 22. n. 39. *Carpzov* P. 2. const. 30. def. 46. in asyl. debitor. Cap. 4. n. 39 seqq. *Wehner* observ. practi. s. v. Anstandsbrief. *Vitriarius* Inst. iur. publ. Lib. 3. Tit. 2. §. 32.

mehr würde es unbillig, oft ungerecht seyn, so weit in die Rechte eines Dritten einzugreifen.

§ 5.

Die übrigen Gründe, deren sich die Gegner noch bedienen, sind von noch weniger Erheblichkeit. Wir dürfen nur einige anführen, um dieses zu zeigen. In der *L.* 8. §. 2. *ff. de liberat. leg.* wird gesagt, daß, wenn der Erbe eine legirte Schuld erst nach einer gewissen Zeit von dem Schuldner einfordern dürfe, er auch während der Zeit keine Zinse fordern könne. Hieraus folgern sie: wenn also in diesem Falle, da der Testirer dem Schuldner eine gewisse Zeit, seine Schuld an den Erben abzutragen, gesetzt hat, die Zinsen von der Zeit wegfallen; so fallen sie auch hier weg, wenn dem Schuldner, vermöge seines Moratorium von seinem Oberherrn, eine gewisse Frist zur Bezahlung seiner Schulden verstattet ist.

§. 6.

Beyde Fälle sind aber, wie ein jeder bald einsehen muß, so weit von einander verschieden, daß man schlechterdings nicht von dem einen auf den andern, einen richtigen Schluß machen kann. Der Testirer hat Macht, seinem Erben Bedingungen vorzuschreiben; er kann ihm eine Schuld vermachen, dabey

aber

aber auch auferlegen, solche nicht als nach einer gewissen Zeit einzufordern. Muß sich dieses also der Erbe gefallen lassen, so kann er auch jenes Legat nicht eher als zu der festgesetzten Zeit einfordern. Von dieser Zeit erhält es erst seine volle Gültigkeit, daher können auch nur von der Zeit an, die Zinsen gerechnet und verlangt werden. Mit einem Moratorium sieht es aber ganz anders aus, denn dadurch wird nur dem Schuldner eine Frist verstattet, während welcher er eine sonst wirklich anforderliche Schuld, nicht zu bezahlen nöthig hat. Hier fallen also aus obigem Grunde die Zinsen nicht weg.

§. 7.

Die Gegner glauben ferner, weil doch Zinsen nur als ein Accessorium des Kapitals anzusehen wären, das Kapital aber so lange, als das Moratorium daure, nicht brauche bezahlt zu werden; so fielen auch hier schon von selbst die Zinsen von der Zeit an weg. — Dieser Schluß ist aber eben so wenig richtig; denn durch ein Moratorium wird nicht eine Schuld völlig aufgehoben, sondern nur dem Schuldner eine gewisse Zeit zur Bezahlung gesetzt. Aus jenem gegenseitigen Grunde würde also weiter nichts, als höchstens das folgen, daß während der Zeit des Moratoriums keine Zinsen dürften gefordert, nicht

aber,

aber, daß sie auch nachher nicht könnten eingefordert werden.

§. 8.

Noch mehrere Gründe der Gegenseite anzuführen, halten wir für überflüssig, da sie in der That nicht von der geringsten Erheblichkeit sind.

Wir übergehen die übrigen also mit Stillschweigen, und wollen jetzt nur noch einiges zur Begründung unserer Meinung anführen. — Sollten die Gläubiger durch das Moratorium ihres Schuldners, die ihnen versprochenen Zinsen verlieren, so müßte dieses entweder in den Gesetzen verordnet, oder in dem ertheilten Reskripte ausdrücklich bestimmt seyn.

Anders können sie ihnen nicht abgesagt werden. Denn so bald einem ein Recht auf eine Sache zusteht, wie hier dem Gläubiger auf die aus einem Versprechen herrührende Zinsen; so kann solches auch keinem anders, als auf jene Art genommen werden.

Die Gesetze aber verordnen von diesem Falle nicht, daher wir denn auch nach diesen zu urtheilen, die gegenseitige Meinung gar nicht billigen können.

§. 9.

§. 9.

Wollten wir also auch zur Erklärung des Reskripts unsere Zuflucht nehmen, — denn wir müssen hier annehmen, daß in dem Reskripte selbst nichts von den Zinsen erwähnt ist, — so würde dadurch eben so wenig die gegenseitige Meinung gewinnen. Man würde doch immer bey jener allgemeinen Regel stehen bleiben müssen: daß man in zweifelhaften Fällen, alle vom Regenten ertheilte Gnadenbezeugungen, so wenig, wie möglich, zum Nachtheile eines Dritten erklären dürfe. Hier würde aber grade das Gegentheil eintreten, wenn die Gläubiger durch ein ertheiltes Moratorium ihre Zinsen verliehren sollten. Sie leiden oft schon genug Schaden dadurch, wenn sie ihren Forderungen Jahre lang nachsehen müssen: wie vielmehr aber würden sie noch leiden, wenn sie überdem noch ihre Zinsen verliehren sollten.

Zudem würde eine solche, zur Gunst des Schuldners abzielende Erklärung des Moratorium hier gar nicht einmal statt haben, da dieses nur blos deswegen gegeben ist, um den Schuldnern Frist zur Bezahlung zu geben, nicht aber sie ihrer Schuld zu entlassen. — Die meisten Rechtsgelehrten u) stimmen daher für dieß seitige Meinung.

§. 10.

u) *Mevius* discuss. levam. inop. debit. Cap. 4. n. 29 seqq. *Finkelthaus* de morator. praescript.

§. 10.

Nach einer in dem hiesigen Fürstlich Lippischen Lande ergangenen Verordnung vom 27sten Dec. 1779, muß der mit einem Anstandsbriefe begnadigte Schuldner die Zinsen jährlich abführen. Die Verordnung lautet so:

Wir haben oft misfällig wahrgenommen, daß die Moratorien oder Anstands-Briefe gemisbrauchet, und zum Schaden und Verkürzung vieler gutherzigen Gläubiger angewendet, auch öfters von solchen nachgesuchet werde, die durch eigenes Verschulden ihr Vermögen durchgebracht haben.

Diesem vorzubeugen, und in Zukunft gerechte Beschwerden der Gläubiger über die Moratorien abzuwenden, wollen Wir für deren

script. qu. 4. et in observat, pract. obs. 47. *Lynker* resolut. disp. forens. res. 250. *Leyser* sp. 12. cor. 1. *Chladenius* de rescriptis moratoriis, cursum usurarum non sistentibus. *Stryk* de abus. rescr. morat. §. 16. *Berger* de his quae circa rescript. morat. fals. trad. §. 18 seqq. *Boehmer* de lit. respir. §. 16. in exerc. ad Pand. Tom. 3. ex. 46. Elsasser über die Ertheilung der Anstandsbriefe, in den gemeinnützigen juristischen Beobachtungen und Rechtsfällen B. 2. Nr. 12. §. 84.

deren Nachsuchen und Ertheilen, folgende Regeln und Vorschriften geben.

Wer ein Moratorium nachsucht, der soll hinreichend bescheinigen, daß er

a) ohne sein Verschulden in den vorgestellten unglücklichen Zustand gerathen, auch daß

b) sein Vermögen annoch zur Bezahlung sämmtlicher Schulden hinreichend sey, und dann soll er

c) zulängliche Caution, wofür aber niemals eine juratorische angenommen werden soll, leisten, daß er während des Moratoriums von seinem Vermögen nichts verbringen, und die Zinsen jährlich richtig abführen wolle.

Unsere Regierung hat also bey dem Gesuche um ein Moratorium allemal den, der darum nachsuchet, anzuweisen,

1) zu bescheinigen, daß nicht eine eigene schlechte Wirthschaft, unbedachtsame oder vorsetzliche Handlungen ihn in Schulden gebracht, und zugleich

2) ihm aufzugeben, ein genaues Verzeichniß ſseines Vermögens- und Schuldenzustan-

zustandes beizubringen. Ist dies geschehn: so hat Unsre Regierung ferner

3) vor allen durch des Schuldners competenten Richter desselben sämmtliche Gläubiger ad domum, oder wenn zu vermuthen ist, daß mehrere als angegeben vorhanden sind, edictaliter zu verabladen, ihnen das vom Schuldner übergebene Verzeichniß seines Activ- und Passivzustandes mit den dazu gehörigen Documenten vorzulegen, dessen Richtigkeit zu prüfen, und die Erklärungen der Gläubiger über des Schuldners Gesuch ad protocollum zu nehmen, anbei

4) von demselben, wenn von den Gläubigern nicht einstimmig in dies Gesuch gewilligt wird, genau untersuchen zu lassen, ob der Schuldner noch solvendo, und sein Vermögen zur Bezahlung der Schulden noch hinreichend, er auch

5) im Stande sey, sichere Caution zu leisten, daß er während des Laufs des Moratoriums, von seinem Vermögen nichts verbringen, und die Zinsen jährlich richtig abführen wolle.

Im Fall nun aus dem erstattet werdenden Berichte erhellet, daß der Schuldner die so bestimmte Erfordernisse erfüllet habe, und

zu

zu erfüllen vermögend sey: so wollen Wir zwar alsdenn, nach berichtigter Bestellung der sub Nr. 5. erwähnten Caution, die Ertheilung des gesuchten Moratoriums bewilligen, jedoch soll dasselbe niemals, wenn nicht besondere ausserordentliche Umstände Uns dazu bewegen, länger als auf 3 bis 5 Jahre ertheilet, und nicht erstrecket werden

a) auf diejenige, in deren Schuldverschreibung der Schuldner dieser Wohlthat ausdrücklich entsagt hat;

b) auf den Fiscus wegen unbezahlter gemeinen Kosten ꝛc.

c) auf Alimentengelder;

d) auf causas pias et miserabilium personarum;

e) auf Bürgen, welche für einen solchen Schuldner caviret haben, und bezahlen müssen;

f) auf solche, welche ihr Eigenthum zurückfordern;

g) auf Pacht und Heuergelder von vermietheten Häusern oder Gütern.

Wenn indessen der Schuldner, der eingelegten Caution ungeachtet, mit Bezahlung der

der Zinsen nicht richtig einhält, oder wol gar sein Vermögen verschwendet, so soll sodann, wenn von den Gläubigern solches angezeigt wird, keine weitere Rücksicht auf das ertheilte Moratorium genommen, sondern sofort gegen ihn auf Bezahlung Kapitals und Zinsen erkannt, und er dazu mittelst Execution angehalten werden.

Sechs und siebenzigste Meditation.

Bey der Erbfolge der Ascendenten nimmt man auf die Verschiedenheit der Güter keine Rücksicht.

§. 1.

Wir haben in der 34sten Meditation des ersten Bandes zu behaupten gesucht, daß man bei der Erbfolge der Halbgeschwister vor allen Dingen darauf Rücksicht nehmen müsse, von wem die Güter hergekommen; so, daß die Halbgeschwister von väterlicher Seite die Güter, die von dieser, und die Halbgeschwister von mütterlicher Seite ebenfalls die Güter von dieser Linie, zum vor-

aus

aus bekommen. Bei der Erbfolge der Eltern und Großeltern aber verhält sich dieses ganz anders; denn hier siehet man nicht weiter darauf, von welcher Linie die Güter hergekommen sind, sondern es wird die Erbfolge blos nach der Nähe der Grade reguliret.

§. 2.

Wenn wir auch gleich keine Gesetze hätten, woraus wir unsern Satz zu beweisen im Stande wären; so würde doch schon daraus die Richtigkeit desselben erhellen, daß nemlich, wie bekannt, Ascendenten blos nach der Nähe der Grade succediren, so, daß der Vater den Großvater von der andern Seite, und so weiter der Großvater, wenn kein näherer da ist, immer den Urgroßvater ausschließt. Ist dieses gegründet, wie keiner bezweifeln wird: so folgt schon von selbst, daß bei dieser Erbfolge der Unterschied der Güter wegfalle. Müßte nicht nothwendig, wenn man darauf Rücksicht nehmen wollte, der Großvater von mütterlicher Seite in den Gütern, die von dieser Linie hergekommen sind, succediren, wenn auch noch gleich der Vater da wäre? Aber geschieht dieses wohl? schließt nicht vielmehr dieser den Großvater immer aus? Muß dieses also jeder zugeben; so erhält dadurch schon die dießseitige Meinung einen nicht geringen Vorzug.

§. 3.

§. 3.

Allein es fehlet uns auch nicht an andern Gründen, woraus wir unsern Satz erweisen können; ja selbst die Gesetze bestätigen ihn. Denn so sagt Justinian ausdrücklich in der Novelle 118. Kap. 2., worin er die Erbfolge der Ascendenten bestimmt hat: daß, wenn mehrere in grader aufsteigender Linie da sind, die nächsten davon erben; im Falle aber sich mehrere von gleichem Grade befinden, alsdenn die Erbschaft unter ihnen, zu gleichen Theilen getheilt werden solle; so daß die von väterlicher und mütterlicher Linie, jeder die Hälfte bekommen v). Hier siehet also Justinian auf keinen Unterschied, von welcher Linie die Güter herkommen, sondern es wird hier nur blos auf den Abstand von dem Erblasser Rücksicht genommen.

§. 4.

v) Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos proponi iubemus, qui proximi gradu reperiuntur, masculos et feminas, sive paterni, sive materni sint. Si autem eundem habeant gradum, ex aequo inter eos hereditas dividatur: ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes quanticunque fuerint: medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscunque eos inveniri contigerit.

§. 4.

Hat Justinian nun einmal so allgemein diese Erbfolge unter Ascendenten festgesetzt; hat er selbst von der Verschiedenheit der Güter nichts erwähnt: so kann man auch in der That keinen wichtigen Grund absehen, warum man hier eine immer mit vielen Schwierigkeiten verknüpfte Absonderung und Theilung der Güter statuiren sollte. Ein jeder muß es doch gern zugeben, daß es oft, besonders bei entfernten Ascendenten, viele Weitläuftigkeiten und Umstände giebt, zu entscheiden, von welcher Linie die Güter hergekommen sind; sollte man daher auch nicht lieber, selbst, wenn es zweifelhaft ist, der dießseitigen Meinung r) vor der andern beipflichten?

§. 5.

Wir glauben, daß wir durch diese wenigen Gründe, unsern Satz schon genug festgesetzt

r) Für die dießseitige Meinung sind: *Fachineus* contr. iur. Lib. 6. cap. 4. *Mynsinger* Cent. 6. obs. 55. n. 3. *Harpprecht* ad Inst tit. de hered. quae ab int. defert. pr. n 372. *Struv* ex. 38. § 28. *Cocceii* ius contr. tit. quis ordo in poss serv. qu. 8. *Stryk* de success. ab int. Diss. 2. cap. 1. §. 21. 22. *Koch* de success. ab intest. §. 36. Höpfners Comment. über die Heinec. Instit. §. 695.

sezt und erwiesen haben werden: allein um doch zu zeigen, wie wenig die Gegenseite y) unserer Behauptung entgegen zu sezen vermag, und wie schwach ihre Gründe sind, wollen wir sie auch nicht ganz mit Stillschweigen vorbeigehen.

§. 6.

Ehe wir aber die gegenseitigen Gründe selbst vornehmen, müssen wir hier noch erinnern, daß man überhaupt bei Erbfolge-Streitigkeiten, hauptsächlich die neuere Verordnung des Kaisers Justinian, die er in der Novelle 118 festgesezt hat, zum Grunde legen und befolgen müsse; also die alte Lehre der Erbfolge, in so weit in der Novelle Abänderung davon getroffen ist, heut zu Tage nicht weiter anwenden könne.

Wir haben dieses anzuführen für nöthig gefunden, weil die Gegenseite die Behauptung und Entscheidung ihrer Meinung fürnemlich in den ältern Gesezen gründet, die hier also nichts bewirken können, falls sie auch

y) *Carpzov* P. 3. const. 14. def. 1. *Vulteii* pr. J. de hered. quae ab intest. def. n. 36. *Schneidewin* ad eund. tit. n. 12. *Mod. Pistor.* Vol. 1. conf. 31. qu. 3. n. 39. *Hartm. Pistor* obs. 51. n. 2. *Struv* Jurisp. rom. germ. Lib. 2. tit. 30. §. 11. *Berlich* P. 3. concl. 20. n. 14.

auch wirklich zu ihrem Vortheile reden sollten, so bald die Novelle von ihnen abweicht.

§. 7.

Wir kommen nunmehr zu den Gesetzen selbst, darin die gegenseitige Meinung ihren Grund haben soll. Wie wenig diese aber von unserm Falle reden, muß ein jeder selbst bald einsehen.

Die *L.* 13. *C. de legit. hered.* enthält folgendes, was die Gegner für sich anzuführen pflegen. Wenn ein emancipirter Sohn, heißt es, ohne Kinder verstirbt, und einen Vater und Geschwister hinterläßt, so sollen diese das Eigenthum, jener aber den Niesbrauch an den Nachlaß des emancipirten Sohns haben. Im Falle er aber von der Mutter her, noch einige Güter hat, so sollen in diese allein die Geschwister von mütterlicher Seite succediren i).

§. 8.

i) — — Ideoque sancimus ad similitudinem maternarum rerum, aliarumque, de quibus iam a nobis lex posita est, etiam huiusmodi hereditatem iure quidem dominii ad fratres vel sorores in totum pervenire: usumfructum autem eius patri solum etc. — nunc a nobis in hac specie plenius ei subvenitur: ut pater habeat usumfructum, fratres autem vel sorores dominium rerum relictarum; exceptis maternis rebus, in quibus, si ex eadem matre fratres vel sorores sint, eos solos, vocari oportet.

§. 8.

Wer siehet nun wohl unter diesem Gesetze und unter unserm Falle die geringste Verbindung? In diesem Gesetze wird mit keinem Worte von dem Unterschiede der Güter von väterlicher und mütterlicher Seite, und von der Erbfolge der Ascendenten geredet; sondern nur blos unter den Gütern, die der emancipirte Sohn von der Mutter hat, und unter seinen andern Gütern ein Unterschied gemacht, und darnach die Erbfolge der Geschwister bestimmt. — Wollte man nun auch noch jetzt dieses Gesetz gelten lassen, da doch die Novelle, was die Erbfolge der Ascendenten betrift, schon ein anders verordnet hat: so würde doch dieses Gesetz hier nichts weiter entscheiden können.

§. 9.

Mit eben so wenigem Grunde wendet die Gegenseite die *L.* 3. *C. de bonis quae liber.* auf unsere Streitfragen an. Sie ziehen folgende Stellen daraus: *Sin autem idem nepos superstitibus tam patre, quam avo paterno, diem suum, sine liberis, obierit: eorum dominium, quae ad ipsum ex matre, vel ab eius linea pervenerint, non ad avum, sed patrem perveniat, usufructu videlicet huiusmodi casibus avo, dum supererit, reservando.*

In

In diesem Gesetze ist nur blos vom Vater und Großvater von väterlicher Seite, nicht aber von den Großeltern beyder Seiten die Rede. Es succedirt hier der Vater seinem Sohne, weil er der näheste ist, und der Großvater behält nur den Niesbrauch in den darin bemeldeten Gütern. — Kann man also nun wohl aus diesem Gesetze irgend einen Grund für die gegenseitige Meinung nehmen, da hierin nur blos von den Eltern einer Linie, nicht aber, wie doch unser Fall voraussetzt, von den Eltern und Großeltern beyder Linien, der väterlichen und mütterlichen die Rede ist?

§. 10.

Wir würden, ohne Nutzen, zu weitläuftig werden, wenn wir uns bey Widerlegung dieser Gesetze noch länger verweilen, und die noch übrigen hier ebenfalls ausführen wollten. Wir wollen sie nur blos anzeigen, und dann es eines jeden eigenen Prüfung und Beurtheilung überlassen, ob man diese Gesetze auch auf unsern Fall anwenden könne. Folgende Gesetze pflegen noch angeführt zu werden: die Novelle 84. Kap. 2. die *L.* 4. C. *de secund. nupt.* und der §. 1. *J. per quas pers. nob. acq.* — In welchen Stellen dieser Gesetze nun der Grund für die gegenseitige Meinung liegen soll, darüber mögen wir nicht gern entscheiden, wenigstens finden

wir in keinem irgend etwas, was nur den geringsten Scheingrund abgeben könnte. Eben dieses Urtheil, hoffen wir, wird ein jeder, der die Gesetze liest, und nicht schon für die gegenseitige Meinung eingenommen ist, bestätigen; überhaupt aber auch finden, daß die dießseitige Meinung, die selbst in der festgesetzten Ordnung der Erbfolge unter den Ascendenten, und dabei in den Gesetzen ausdrücklich gegründet ist, immer der gegenseitigen vorstehe.

Sieben und siebenzigste Meditation.

Frauenspersonen, die vermöge der Beleihung oder Investitur, im Lehne succediren können, werden der Erbfolge dadurch nicht unfähig, wenn sie gleich schon, wegen Koncurrenz des Mannsstamms durch diesen einmal davon ausgeschlossen sind.

§. 1.

Es ist ein bekanter und allgemeiner Satz: *feminam a successione feudi concursu masculorum*

rum

rum semel excluſam, semper esse excluſam. Wie weit aber dieſer Satz richtig ſey, wollen wir hier näher unterſuchen, und zu beſſerer Einſicht deſſelben folgenden Fall annehmen.

Es beleihet jemand eine Familie mit einem Lehne, und verordnet dabei, daß in demſelben das männliche und auch das weibliche Geſchlecht ſuccediren ſolle. Der erſte Erwerber ſtirbt und hinterläßt zwei Kinder, einen Sohn und eine Tochter. Der Sohn folgt ihm im Lehne, und ſchließt alſo dadurch ſeine Schweſter von der Erbfolge aus. Dieſer ſtirbt nun auch, ohne Kinder zu hinterlaſſen, und nun entſteht die Frage: kann die Tochter des erſten Erwerbers noch zur Erbfolge kommen, da ſie durch ihren Bruder einmal davon ausgeſchloſſen iſt; oder fällt jetzt das Lehn an den Lehnsherrn wieder zurück?

§. 2.

Die Unterſuchung dieſer Frage iſt allemal wichtig und nicht ohne Nutzen, beſonders, da ſie ſo vielfach von den Rechtsgelehrten aufgelöſet und beantwortet iſt.

Wir behaupten und folgen hierin der Meinung vieler, und beſonders der neuern Rechtsgelehrten a), daß in unſerm angenommenen

a) *Piſtor* qu. Illuſtr. Lib. 2. qu. 36. n. 5. *Carpzov* P. 3. conſt. 28. def. 15. *Roſenthal*

menen Falle, die Tochter noch allemal im Lehne succediren könne, und daher durch ihren Bruder nicht gänzlich von der Erbfolge ausgeschlossen sey. Wir können die Richtigkeit dieses Satzes nicht nur aus der Natur und Eigenschaft eines solchen Lehns darthun, sondern unsere Gesetze selbst bestätigen ihn noch ausdrücklich.

§. 3.

So bald Frauenspersonen, vermöge der Beleihung, ein Recht zur Erbfolge im Lehne haben, so kann ihnen dieses auch auf keine Art entrissen werden. Es bleibt ihnen dieses Recht so lange offen, bis der Fall kommt, da sie zur Succession gelangen können. Dieser ist da, wenn die Mannslinie abgeht, mit deren Erlöschung erst ihr Erbfolgerecht anfängt. Man kann daher nicht sagen, daß sie, da sie wegen der Existenz des Mannsstamms nicht zur Erbfolge haben kommen können, auch nunmehr davon gänzlich ausgeschlossen sind; denn so bald jemand wegen Exi-

thal Synopſ. iur. feud. Cap. 7. concl. 44. *Struv* Synt. iur. feud. Cap. 9. §. 8. n. 6. *Ludolf* P. I. obſ. 109. *Stryk* de ſucceſſ. ab int. Diſſ. 1. cap. 3. §. 4. *Barth* de ſucceſſione feminarum in feudis §. 23. **Cramer** Wetzlar. Nebenſtund. II, P. 16. obſ. 2. 3. *Boehmer* pr. iur. feudal. §. 127.

Existenz eines Dritten sich seines Rechts nicht bedienen kann, so wird solches zwar so lange, als jener da ist, suspendiret, nicht aber völlig aufgehoben b). Dieser Satz ist, wie ein jeder leicht einsieht, nicht nur den Gesetzen vollkommen angemessen, sondern stimmt auch mit dem Sinne der Investitur und der Intention des Lehnsherrn, der dem weiblichen Stamme das Erbfolgerecht zugleich mit ertheilet hat, genau überein. Doch es fehlt uns auch nicht an Gesetzen, woraus wir unsere Meinung noch weiter erweisen können.

§. 4.

Es giebt in unserm Lehnrechte verschiedene Stellen, worin ausdrücklich gesagt wird, daß in solchen Lehen, in welchen der weibliche Stamm der Erbfolge fähig sey, dieser, nach Abgang des Mannsstamms, zur Succession kommen solle. In 2 *feud.* 17, wird diese Frage aufgeworfen: wer von beyden, der

b) Cum feminae vocatae sunt in defectum masculorum, dicuntur ipsae feminae suspensae tantummodo, ab ipsa successione, donec exstabunt masculi, non autem perpetuo excluſae. Remoto ergo masculorum impedimento, remanet liber locus succedendi ipsis feminis, quippe quae, ubi nulli exstitissent masculi, fuissent admissae. *Cocceii* Cons. et Resp. Illustr. X. resp. 3. pag. 760. *Menochius* Cons. 957. n. 19.

der Sohn von der einen Linie, oder die beyden Töchter von der andern Linie, das Lehn erben sollten? Der Sohn verlangte es, weil er der einzige Mannserbe sey; die beyden Töchter von der andern Linie aber glaubten, daß ihnen der ganze Theil ihres Vaters zustehe, weil dieser keine männlichen Nachkommen hinterlassen habe, also sie die einzigen Erben wären. Allein es wurde dieser Streit zum Vortheile des Sohns entschieden: und dabei festgesetzt, daß die Erbfolge im Lehne, dem weiblichen Stamme nicht eher eröffnet werde, bis der Mannsstamm erloschen sey c). Diese Stelle redet so offenbar für die dießseitige Meinung, daß sie schon allein zur Begründung derselben hinlänglich sein könnte. Eben deswegen nun auch weil diese Stelle so offenbar der Gegenseite zuwider ist, hat sie die unrichtigsten und dabei die unverständlichsten Erklärungen leiden müssen. Wir könnten sie leicht hier anführen: allein wir sehen keinen Nutzen davon, sich mit Widerlegung solcher falschen Erklärungen abzugeben. Wir übergehen diese daher mit Stillschweigen.

§. 5.

c) Non enim patet locus feminae in feudi successione, donec masculus supereſt ex eo, qui primo de hoc feudo fuerit investitus.

§. 5.

Eine andere Stelle findet sich in 1 *feud.* 8. §. 2., wo es heißt: *Filia vero non succedit in feudo, nisi investitura fuerit facta in patre, ut filii et filiae succedant in feudum, tunc enim succedit filia, filiis non exstantibus.*

Die Gegenseite giebt dieser Stelle folgende Erklärung. Sie sagt: es ist hier nicht von dem Falle die Rede, wenn wirklich schon Söhne da gewesen, aber hernach gestorben sind; sondern diese Stelle muß so verstanden werden: wenn der Vater gar keine Söhne und nur eine Tochter hinterlassen hat, alsdenn kommt die Tochter zur Erbfolge. Wir müssen es gestehen, daß diese Erklärung, von allen übrigen, die die Gegner machen, noch die gegründeste sei: allein es kann diese Stelle, wie uns dünkt, nicht blos so verstanden werden, wie die Gegner wollen, und nur blos auf den Fall eingeschränkt werden, wenn gar keine Söhne überhaupt da gewesen sind; sondern, man kan sie auch eben so gut so auslegen, daß schon wirklich Söhne da gewesen, aber nachher gestorben sind; denn es stehet nicht da filiis *plane* non exstantibus, sondern nur schlechtweg non exstantibus. Unsere Erklärung also, die allgemein genommen wird, ist daher auch jener, die nur blos auf einen Fall eingeschränkt wird, immer vorzuziehen.

§. 6.

§. 6.

Dies sind ungefehr die Gründe, worauf wir unsere Meinung hauptsächlich stützen. Mehrere noch anzuführen, enthalten wir uns um deswillen, theils, weil wir glauben, daß die dießseitige Meinung so wohl mit den Gesetzen, als auch mit der Absicht der Beleihung, die auch das weibliche Geschlecht des Lehns fähig gemacht hat, vollkommen übereinstimme; theils weil wir, bey Widerlegung der von den Gegnern d) gebrauchten Gründe, den Ungrund ihrer Meinung noch näher zeigen werden.

§. 7.

Der Hauptgrund der gegenseitigen Meinung liegt fürnehmlich in 1 *F.* 6. §. 1. wo es heißt: *Quin etiam si quis eo tenore feudum acceperit: ut eius descendentes, masculi et feminae illud habere possint: relicto masculo, ulterius feminae non admittuntur.* Diese Stelle erklären die Gegner so: wenn männliche Nachkommen da sind und

suc-

d) *Schrader* de feudis P. 7. cap. 4. n. 83. *Menochius* Vol. 1. cons. 1. n 458. et Vol. 4. cons. 400. n. 15. *Fachineus* Contr. iur. Lib. 7. cap 45. *Knichen* de vestitur. pactionibus cap. 3 n. 72. *Cocceii* cons. et resp. Tom. 1. Resp. 4. disq. 3. Sect. 7. §. 21. pag. 447.

succediren, so kann der weibliche Stamm nicht weiter zur Erbfolge kommen, und ist gänzlich davon ausgeschlossen. Wäre diese Stelle so zu verstehen, so würde sie unserer Meinung freylich sehr im Wege stehen: allein man könnte eben so gut auch einen Satz daraus behaupten, den gewiß selbst die Gegner nicht eingestehen würden. Müßte nicht daraus folgen, daß nach jener Erklärung auch nicht einmal in einem solchen Lehne die Tochter succediren könnte, so bald ihr Vater das Lehn angetreten hätte? Wenn also der erste Erwerber des Lehns einen Sohn, und dieser nur weibliche Nachkommen hinterließe, so würde mit dem Tode des Sohns, gleich das Lehn erloschen seyn. Denn nach jener Erklärung der Worte: *relicto masculo, ulterius feminae non admittuntur*, könnten die Töchter nicht weiter zur Erbfolge kommen.

§. 8.

Jene Erklärung streitet daher offenbar mit der Erbfolgeordnung, nach welcher in einem solchen Weiber fähigen Lehne, auch nach Abgang des männlichen, der weibliche Stamm mit succediren kann. Wir müssen deswegen nun auch jene Stelle ganz anders erklären, und hier scheint uns folgende Erklärung die vorzüglichste, die auch vollkommen mit den für unsere Meinung angeführten Gesetzen übereinstimmt. In jenen Worten

ten ist also keine völlige Ausschließung des weiblichen Stamms enthalten; sondern sie wollen nur so viel sagen, wenn der männliche Stamm da ist, so kann der weibliche nicht zur Erbfolge kommen. Sie sind also nur blos von dem Falle zu verstehen, wenn der Mannsstamm noch da ist, nicht aber von dem Falle, wenn er gänzlich ausgestorben ist.

§. 9.

Allein, wenn wir jene Worte so erklären, sollten denn wohl mit ihnen nicht die Endworte des benannten Titels streiten, wo gesagt wird: daß in allen den Fällen das Lehn verlohren gehe und an den Lehnsherrn zurückfalle e)? sollten diese Endworte wohl nicht vielmehr der gegenseitigen Meinung ein großes Gewicht geben? Beydes müssen wir nothwendig verneinen, und ein jeder wird uns hierin beipflichten, wenn wir unsere Gründe davon sagen.

In dem oben angeführten ersten §. des 6ten Titels ist, wir mögen auch die Stelle erklären, wie wir wollen, von keiner Erlöschung des Lehns die Rede; sondern es wird nur

e) I. *F.* 6. §. 2. *in f,* Et his omnibus casibus feudum amittitur, et ad dominum revertitur.

nur blos die Erbfolgeordnung bestimmt. Ist jenes wahr, wie der Sinn der Worte deutlich ergiebt, so können auch die Endworte jenes Titels nicht hieher gezogen werden. Denn wo kann hier das Lehn an den Lehnsherrn zurückfallen, da es ja noch nicht erloschen ist? Wir müssen also diese Worte, wie die meisten Ausleger dieser Stelle thun, auf den zweyten §. einschränken und so erklären, daß in den Fällen, in welchen außer einer stummen Person kein lehnsfähiger Erbfolger da ist, das Lehn an den Lehnsherrn zurückfalle; oder wir können auch noch den im Anfang des 6ten Titels angeführten Fall, wo unrechtmäßiger Weise etwas zu Lehn gegeben ist, hiezu nehmen, und alsdann die Schlußworte: *Et his omnibus casibus feudum amittitur etc.* auf diese beiden Fälle ziehen.

Auf solche Art läßt sich diese Stellen am besten erklären.

§. 19.

Dies werden ungefehr die Hauptgründe für die gegenseitige Meinung sein Die noch übrigen sind weniger wichtig, und lassen sich schon aus dem, was wir oben für unsere Meinung gesagt haben, widerlegen. Die Gegner glauben, wenn jemand in Ermangelung eines Dritten zur Erbfolge gelassen werde, so sei er auch, so bald dieser Dritte

zur

zur Erbfolge komme, nunmehr gänzlich davon ausgeschlossen. — Diesen Satz suchen sie aus verschiedenen Stellen des römischen Rechts zu erweisen. Wir werden sie aber nicht anführen, weil wir nur unnütze Arbeit unternehmen würden, sondern wir können nur blos sagen, daß in den meisten Gesetzen, die sie anführen, von der Substitution die Rede sei, und von diesem Falle auf den unsrigen nicht in mindesten könne geschlossen werden, — Aus obigem Satze folgern sie nun: da also der weibliche Stamm nur in Ermangelung des männlichen zur Erbfolge kommt, so kann jener auch nicht weiter zur Erbfolge kommen, so bald einer aus dem männlichen Stamme von gleichem Grade zur Succession gelanget ist.

§. 11.

Es ist jener Satz und die Folge, die daraus gezogen wird, nicht allemal richtig, wenigstens auf unsern Fall nicht anzuwenden. Es ist hier nicht die Frage davon: wenn von zweien oder mehrern Personen nur einer succediren kann, so, daß, so bald der eine Erbe ist, die übrigen ausgeschlossen sind, wie bei der Substitution; — sondern wir reden von dem Falle, wenn einer oder mehrere Familien eine Sache zu Lehn gegeben, und dabei verordnet haben, daß erst der Mannsstamm, nachher in dessen Ermangelung aber

der weibliche Stamm succediren soll. Hier schließt nicht der eine Stamm den andern auf immer von der Erbfolge aus, sondern es wird nur die Ordnung, worin sie einander folgen sollen, regulirt. Wenn daher der Mannsstamm ausstirbt, so kommt der weibliche nunmehr, da der Fall da ist, unter welchem sie des Lehns fähig erklärt sind, zur Erbfolge.

§. 12.

Mit diesem haben wir zugleich nun auch noch einige andere Gründe der Gegner gehoben. Sie sagen: wenn etwas unter einer gewissen Bedingung gegeben ist, so glaubt man nicht, daß es unter der entgegengesetzten gegeben sey. Da nun dem weiblichen Stamme blos in Ermangelung des männlichen, also allein unter dieser Bedingung, das Erbfolgerecht gegeben ist; so kann jener Stamm auch nicht zur Erbfolge kommen, so bald diese Bedingung fehlet. — Wie fehlerhaft die Folge ist, die aus obigem Satze, dessen Richtigkeit wir eben so wenig überhaupt eingestehen, gezogen wird, muß ein jeder selbst bald einsehen; besonders, wenn man das, was wir im vorigen Paragraphe gesagt haben, hier mit zu Hülfe nimmt. Es wird ja nicht der weibliche Stamm durch den männlichen so von der Erbfolge ausgeschlossen, daß er gar nicht weiter dazu gelangen

gen

gen könnte; — denn sonst könnten ja die weiblichen Descendenten auch nicht succediren, — sondern es wird dessen Erbfolgerecht nur bis auf des Mannsstamms Abgang suspendirt.

Weiter diese Materie fortzusetzen, werden wir um so eher überhoben sein können, da ein jeder aus jenen angeführten Gründen, und besonders aus den letztern leicht beurtheilen kann, wie wenig erheblich die übrigen sein müssen, da wir doch die hauptsächlichsten angezeigt haben. Wir übergehen sie daher lieber, als daß wir uns noch länger bei Widerlegung solcher Gründe, die auf unsern Fall gar nicht passen, verweilen sollten.

Acht und siebenzigste Meditation.

Der Vater hat nach den Verordnungen des römischen Rechts nicht nöthig, seiner Tochter einen Brautschatz zu geben, wenn sie eigenes und hinlängliches Vermögen für sich hat.

§. 1.

Dem Vater ist in den Gesetzen vor allen andern die Verbindlichkeit, seine Töchter bei ihrer

ihrer Verheurathung auszustatten, auferlegt. Der Grund hievon liegt fürnehmlich darin, daß die Frauenspersonen durch eine gute Mitgift desto eher und besser Gelegenheit finden sollen, eine gute Heurath zu treffen f). Wenn nun aber die Tochter schon selbst für sich eigenes und hinlängliches Vermögen hat, ob alsdenn auch der Vater verbunden sei, ihr einen Brautschatz zu geben? Dieses ist eine Frage, die nicht von allen auf gleiche Art beantwortet ist.

§. 4.

f) L. 2. ff. de jure dot: L. 1. ff. solut, matr. dos quemad. pet. L. 19 ff. de ritu nupt. Beiläufig bemerken wir hier, daß die Frage: Ob der Vater, nach dem neuern römischen und deutschen Rechte, verbunden sey, seiner Tochter überhaupt einen Brautschatz zu geben? streitig ist. Viele als *Ziegler* de iur. dot. §. 8, 9, 10. in diss. select. p. 897. *Lynker* Ref. 567. pag. 1025. *Wernher* Tom. 1. P. 5. obs. 127. Schmid Lehbuch von Klagen §. 348. verneinen sie; andere hingegen, als *Stryk* U. M. tit. de iure dot. §. 2. *Berger* Oecon. iur. Lib. 1. tit. 3. §. 10. *Hert.* Dec. 40. nr. 3, 4. Höpfners Comment. über die Heinec. Instit. §. 131. *Hamberger* de necessitate dotis apud Romanos. *Homberg zu Vach* de obligatione dotis ad constituendam dotem non promissam; bejahen sie. Diese letztere Meinung hat wol die meisten Gründe für sich

§. 2.

Wenn wir die Gründe, die von beiden Seiten für und wider die Ausstattung vorgebracht werden, gegen einander halten und prüfen; so müssen wir nothwendig denjenigen Rechtsgelehrten beypflichten, die hier den Vater von der Verbindlichkeit, seiner Tochter einen Brautschatz zu geben, freysprechen g). Es ist zwar von beyden Meinungen keine durch positive Verordnungen der Gesetze bestätigt, so, daß also diese hier eigentlich nicht die Entscheidung dieser Streitfrage abgeben können: allein wir hoffen doch durch andere analogische Gründe auch unsern Satz völlig erweisen zu können.

§. 3.

Unsere Meinung gründet sich fürnehmlich schon in dem Grunde jener Verordnung, weswegen die Töchter von ihrem Vater ausgestattet werden müssen. Liegt dieser, wie wir oben gesagt haben, hauptsächlich darin, damit sie desto eher Gelegenheit zu heura-

then

g) *Carpzov* P. 2. Const. 42. def. 13. *Vinnius* sel. iur. quaest. Lib. 2. cap. 14. *Wesel* de connubiali bonorum societate et pactis dotalibus Tr. 2. cap. 1. n. 18 seqq. *Cocceji* Jus contr. Tit. de iure dot. qu. 3. *Knorre* de dote filiae locupletis. *Leyser* sp. 303. med. 10. 11.

then finden: wird dieser auch alsdenn schon erfüllt, wenn die Tochter Vermögen genug für sich hat, welches sie ihrem Manne bey der Verheurathung zubringen kann: so folgt auch von selbst, daß hier der Vater von jener Verbindlichkeit frey sey, so bald der Grund davon schon in Erfüllung gesetzt ist.

§. 4.

Aber unsere Meinung wird noch mehr bestätigt, wenn wir hier, wie schon bekannt ist, noch anführen, daß selbst der Vater seinem Kinde, wenn es eigenes und hinlängliches Vermögen besitzet, nicht einmal Alimente zu geben nöthig hat h). Ist dieses doch sonst die allererste Pflicht der Eltern, und sprechen sie die Gesetze in jenem Falle davon frey, wie vielmehr kann man denn also nicht hier die Eltern von der Verbindlichkeit der Ausstattung entledigen, da beide in manchem Betrachte gleiche Rechte genießen, und überhaupt sich nicht unrecht von dem einen auf das andere ein richtiger Schluß machen läßt i).

h) L. 5. §. 7 ff. de agnos. et al. liber.

i) *Mevius* P. 3. dec. 367. n. 2.

§. 5.

Wir wollen jetzt nun noch diejenigen Gründe, weswegen die Gegner [k]) den Vater zur Ausstattung schuldig halten, wenn die Tochter eigenes Vermögen hat, anführen, und dadurch zugleich in etwas unsere Meinung noch weiter zu begründen suchen. — Sie beziehen sich besonders auf die *L. ult. C. de dot. promiss. et nuda poll.* In wie weit dieses Gesetz aber hier etwas entscheiden könne, und ob überhaupt darin unser Fall enthalten sey, wird man bald einsehen müssen, wenn man sich nur vorher etwas genauer mit dem Inhalte desselben bekannt macht. Es ist in diesem Gesetze gar nicht die Rede davon: ob der Vater seiner Tochter, die eigenes und hinlängliches Vermögen hat, aus dem Seinigen einen Brautschatz geben müsse; sondern es wird nur davon geredet: wenn der Vater seiner Tochter einen Brautschatz gegeben oder versprochen, und nicht dabei gesagt hat, aus wessen Gütern er seyn solle, so werde dafür gehalten, daß er ihn aus dem

k) *Mynsinger* Cent. 5. obs. 32. Cent. 6 obs. 85. *Gail* Lib. 2. obs. 95. n. 14. *Riemer* de iure dotium §. 20. *Perez* ad Cod. Tit. de dot. promis. n. 8. *Ludolf* observ. forens. supplem. obs. 362. *Boehmer* Intr. in ius dig. Tit. de iure dot. §. 3. *Stryk* de iure mariti in bonis uxoris Cap. 1. §. 22.

dem Seinigen und nicht aus der Tochter ihren Gütern gegeben habe; weil es, wie noch hinzugefügt wird, des Vaters Pflicht sei, seine Tochter auszustatten l).

§. 6.

Dies ist kurz der Inhalt jenes Gesetzes, woraus wir also weiter nichts schließen können, als daß der Vater, wenn er seine Tochter ausstattet, ohne dabey zu melden, daß er solches aus der Tochter Vermögen gethan habe, sich dieses auf seine Güter anrechnen lassen müsse m).

Die Gegenseite glaubt nun zwar, weil es in diesem Gesetze zu des Vaters Pflichten gerechnet werde, seine Tochter auszustatten, er auch davon nicht frey seyn könne, falls sie eigenes Vermögen habe. Allein dieses läßt sich,

l) — — Sancimus, si quidem nihil addendum existimaverit, sed simpliciter dotem vel ante nuptias donationem dederit, vel promiserit: *ex sua liberalitate hoc fecisse intelligi*, debito in sua figura remanente. Neque enim leges incognitae sunt, quibus cautum est, omnino esse paternum officium, dotem vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie;

m) *Boehmer* Consl. et Resp. Tom. 2. P. 2. Resp. 880. n. 4. *Leyser* l. c. med. 6.

sich, wie aus obigem erhellet, nicht daraus erweisen Es ist freylich jenes eine Pflicht des Vaters, eben so, als es eine Pflicht ist, seinen Kindern den nöthigen Unterhalt zu geben: ob es aber deswegen auch noch immer dessen Pflicht bleibe, so bald seine Kinder Vermögen genug für sich haben? Dieses ist eine ganz andere Frage.

§. 7.

Wir glauben, daß man, wenn wir dasjenige, was wir bereits über diese Sache gesagt haben, hier voraussetzen, diese Frage immer verneinend beantworten müsse. Wäre der Vater auf jeden Fall verbunden, seine Tochter auszustatten, ließe sich von dieser Verbindlichkeit selbst dann keine Ausnahme gedenken, wenn die Tochter genug Vermögen für sich hätte: so wäre es ja auch gar nicht nöthig gewesen, in obigem Gesetze den Zweifel aufzuwerfen, aus wessen Gütern die Tochter dotiret sey! Es würde sich von selbst ja schon verstanden haben, daß solches aus des Vaters Gütern geschehen seyn müsse.

Zeiget dieses also nicht deutlich, daß jenes Gesetz gar nicht für die gegenseitige, sondern weit mehr für die dießseitige Meinung beweise?

§. 8.

§. 8.

Einen andern Grund nehmen die Gegner von der Erbeinsetzung der Kinder. Sie glauben, weil der Vater seine Tochter, die Vermögen für sich habe, nicht deswegen enterben dürfe, so könne er ihr auch aus dem Grunde den Brautschatz nicht absagen; besonders, da der Brautschatz mit zum Pflichttheile gerechnet werde u). Dieser Schluß ist aber gar nicht passend. — Der Pflichttheil gebühret den Kindern nach des Vaters Tode von seinem Vermögen, wenn er selbst desselben nicht mehr bedarf; der Brautschatz aber wird ihnen von ihrem Vater zu dem Ende gegeben, damit sie desto eher Gelegenheit zu heurathen treffen. Was also von dem einen gilt, läßt sich bey der großen Verschiedenheit der Sache nicht auf das andere anwenden.

§. 9.

Endlich streitet jenes in der Note m) angeführte Gesetz auch nicht mit unserm Satze. Es wird hierin weiter nichts gesagt: als daß die Tochter ihren von ihrem Vater, Mutter oder Großeltern erhaltenen Brautschatz allerdings conferiren und sich an ihrem Pflichttheile abrechnen lassen müsse.

Dies

u) L. 29. C. de inoff. testam.

Dieses können wir also immer eingestehen, ohne dadurch der Gegenseite etwas einzuräumen. Das Gesetz sagt nichts, was sich, unpartheyisch zu urtheilen, so wenig wider uns, als überhaupt auf unsern Fall anwenden lassen sollte.

Neun und siebenzigste Meditation.

Vater und Mutter erben zwar, der Regel nach, ihrem Sohne zu gleichen Theilen, doch behält der Vater Zeit seines Lebens an denjenigen Gütern den Niesbrauch für sich allein, in welchen er ihn bey Lebzeiten seines Sohns gehabt hat, und die Mutter erhält nur bloß an ihrem Theil ein Eigenthum.

§. 1.

Wir müssen uns hier den Fall gedenken, daß ein Sohn, der sich noch in der väterlichen Gewalt befindet, gestorben, und eigenes Vermögen, ein so genanntes peculium adventitium ordinarium hinterlassen hat, wor-

in

in dem Vater der Niesbrauch zugestanden. In diesen Gütern nun erbet zwar Vater und Mutter zu gleichen Theilen, doch behält der Vater, so lange wie er lebt, den Niesbrauch, so wohl an seinem, als an der Mutter Theile; diese hingegen erhält nur blos ein Eigenthum hieran o).

§. 2.

Um unsern Satz näher zu bestimmen, und die dagegen gemachten Einwürfe zu widerlegen, werden wir nicht nur zeigen müssen, daß die ältern Gesetze, in welchen unser angenommener Fall entschieden ist, nicht durch die Novelle, worin die neue Erbfolgelehre bestimmt ist, aufgehoben seyn; sondern wir müssen auch zugleich noch aus der Lehre vom Niesbrauche anführen, daß solcher der Regel nach nicht durch den Tod des Eigenthümers, sondern desjenigen, der ihn geniesset, aufhöre.

§. 3.

In den ältern Gesetzen wird unsers Falls ausdrücklich gedacht, und so entschieden, wie wir

o) *Fachineus* controv. iur. Lib. 6. cap. 6. *Carpzov* P. 3. const. 17. def. 1. n. 6. *Harprecht* comm. ad Inst. Tit. de hered. quae ab intest. def. n. 370. *Stryk* de success. ab int. Diss. 2. cap. 1. §. 13. *Richter* de success. ab. int. Sect. 2. membr. 1. n. 3.

wir ihn vorgetragen haben. Es heißt davon in der L. 7. §. 1. C. ad SCt. Tertull. *Sin vero defuncta persona in sacris patris constituta decesserit: pater quidem usumfructum, quem et vivente filio habebat, teneat, donec vivat, incorruptum: mater autem, quia hunc usumfructum habere vivente patre non potest, totum apud patrem constitutum, una cum fratribus defunctae personae ad proprietatem vocetur etc.*

Wie deutlich in diesem Gesetze dem Vater allein der Niesbrauch an den Gütern seines Sohns zugestanden, der Mutter hingegen derselbe gänzlich abgesprochen wird, muß ein jeder beym ersten Anblicke bald einsehen.

§. 4.

Allein so genau nun gleich dieses Gesetz unsern Fall bestimmt und entscheidet, so hat es doch auf der andern Seite auch verschiedene gegeben, welche der Mutter so gut, wie dem Vater das völlige Eigenthum samt dem Niesbrauche an ihrem Theile zugestanden haben p), folglich jenem Gesetze alle verbindende

p) *Hunnius* in resolut. ad Treutlerum Vol. 2. Disp. 15. th. 4. qu. 35. *Koch* Tract. de success. ab int. in Clas. secunda. Der Recensent in der Jenaer Literatur-Zeitung. Dieser hält dafür, daß die, in dieser Meditation

de Kraft absprechen. Wie weit dieses gegründet sey, werden wir bald beurtheilen können, wenn wir nur vorher die Worte der Novelle 118. Kap. 2., worauf sie sich fürnehmlich beziehen, in etwas ansehen. Die Novelle sagt folgendes von unserm Falle: *Si pater aut mater fuerint, dividenda inter eos quippe hereditate, secundum personarum numerum, uti et ascendentium et fratrum singuli*

tion behauptete Meinung wider die Analogie anstoße; weil der Vater, wenn er nicht berechtigt sei, von den Portionen der Geschwister seines verstorbenen Sohnes, die Nuznießung zu verlangen; noch viel weniger sie von dem der Mutter zugefallenen Erbtheile verlangen könne. — — Aber warum denn nicht? Will es doch die angeführte L. 7. §. 1. C. ad SCt. Tertul. so; und hat doch die Nov. 118. Cap. 2. nur in Ansehung der Geschwister, nicht aber der Mutter, eine Abänderung gemacht! Wo aber ein jüngeres Gesetz, von mehreren in einem ältern Gesetze deutlich entschiedenen Fällen, wie hier der Fall ist, nur einen aufhebt, da bleibt die Entscheidung der übrigen Fälle bei Kräften, und uns steht es nicht zu, vermöge der analogischen Erklärung dem neuern Gesetze einen andern Sinn unterzulegen. Quidquid autem — sagt daher in einem andern Falle die *L.* 22. §. 6. *C. de appellat.* — hac lege specialiter non videtur expressum, id veterum legum constitutionumque regulis, omnes relictum intelligant.

singuli aequalem habeant portionem: nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare, quoniam pro hac usus portione, hereditatis ius et secundum proprietatem, per praesentem dedimus legem.

In diesem Gesetze wird nun freilich dem Vater und der Mutter ein gleicher Theil von der Kinder Vermögen zugestanden; allein davon nichts gedacht: ob der Vater in den Gütern, in welchen er bei Lebzeiten des Sohns den Niesbrauch gehabt hat, diesen auch nachher an dem Theil, der der Mutter davon zufällt, behalten solle. Es ist also durch diese Novelle, das im vorigen §. angeführte Gesetz, worin dem Vater allein der Niesbrauch zugestanden wird, nicht aufgehoben; vielmehr noch darin bestätigt, weil Justinian, im Falle, wenn des Verstorbenen Brüder mit erben, dem Vater an diesem ihrem Theile den Niesbrauch nicht gegeben hat. Hätte daher Justinian auch an der Mutter Theil dem Vater den Niesbrauch nicht lassen wollen, so würde er dieses Falls auch gewiß zugleich mit erwähnt haben.

§. 5.

Aus der Erklärung dieser Novelle, die vollkommen mit den Worten derselben übereinkommt, siehet man bald ein, daß sie jenem

nem Gesetze gar nicht entgegenstehet, auch nicht die Verordnung, die darin enthalten ist, aufgehoben habe. Wir müssen also um desto eher bey jenem ältern Gesetze stehen bleiben, theils weil es genau den Fall bestimmt, wenn Vater und Mutter in solche Güter succediren, in welchen dem Vater bey Lebzeiten des Sohns der Niesbrauch zugestanden hat, wie die Novelle gar nicht thut; theils weil jenes Gesetz durch kein neueres aufgehoben ist, folglich auch noch immer gelten muß.

§. 6.

Allein nicht nur aus der Verordnung jenes Gesetzes, sondern auch selbst aus der Natur und Eigenschaft des Niesbrauches ergiebt sich die Richtigkeit unserer Meynung ganz deutlich.

Es ist bekannt, daß der Niesbrauch nicht mit dem Tode des Eigenthümers der Sache, wovon der Niesbrauch gehoben wird, sondern nur mit dem Tode desjenigen, der den Niesbrauch hat, verlohren gehe q). Hat also

q) *L.* 3. §. 1. *C. de usufr.* Usufructuario autem superstite, licet dominus proprietatis rebus humanis eximatur, ius utendi fruendi non tollitur. *Boehmer* Cons. et Resp. Tom. 2. P. 2. Resp. 1005. n. 24. 25. *Stryk* Us. mod. tit. de usufr. §. 13.

also der Sohn an seinen Gütern, die er hinterläßt, nur blos ein Eigenthum, der Vater aber den Niesbrauch, so muß nothwendig nach jener Regel, dem Vater der Niesbrauch auch unverletzt bleiben, wenn der Sohn gleich versterben sollte r).

Folgt nun nicht hieraus offenbar, daß der Mutter an dergleichen Gütern, auch nach des Sohnes Tode, der Niesbrauch nicht zustehe? und daß wir daher, so lange die Gesetze in diesem Falle keine Ausnahme davon machen, auch schlechterdings hiebei stehen bleiben müssen?

Ja wie vielmehr sind wir hiezu nicht verpflichtet, wenn selbst durch klare Verordnungen der Gesetze, die Bestimmung jener Erbfolge einmal getroffen ist.

r) L. ult. C. de usufr.

Achte

Achtzigste Meditation.

Geschwister heben durch die querela inofficiosi testamenti das ganze Testament auf.

§. 1.

Geschwister brauchen der Regel nach nicht zu Erben eingesetzt zu werden, ausser in dem Falle, wenn ihnen eine ehrlose Person vorgezogen ist s). Ist diese, statt ihrer, zum Erben eingesetzt, so sind sie berechtigt, ein solches Testament durch die querela inofficiosi anzufechten. Worauf aber diese querela inofficiosi gehe? ob dadurch blos die Erbeinsetzung oder überhaupt das ganze Testament umgestoßen werde, so, daß die darin ausgesetzten Legate, Fideicommisse u. d. gl. auch mit wegfallen? darüber sind nicht alle Rechtsgelehrte gleicher Meynung.

§. 5.

s) *L. 27. C. de inoff. test.* — — de inofficioso quaestionem movere possunt: si scripti heredes, infamiae vel turpitudinis, vel levis notae macula adspergantur.

§. 2.

Wir nehmen hier an, und stimmen darin den größten Rechtsgelehrten bey t), daß durch die querela inofficiosi testamenti der Geschwister, das ganze Testament rescindiret werde. Nach den Verordnungen der ältern Gesetze u) hatte diese Klage immer diese Wirkung, sie mochte von Kindern, Eltern oder von Geschwistern angestellt werden. In der Novelle 115. Kap. 3 und 4. aber ist dieses in Ansehung der Kinder und Eltern geändert,

t) *Gail* Lib. 2. obs. 113. *Lauterbach* de singul. tratr. iure. Membr. 2. §. 21. et de usufructu. pat. th. 10. n. 5. *Surdus* de aliment. th. 8. priv. 95. n. 5. *Stryk* Us. mod. Tit. de inoff. test. §. 6. et in cauf. testam. cap. 19. §. 42. *Boehmer* Intr. in ius dig. eod. tit. §. 18. *Hellfeld* iurispr. forens. §. 557. *Hommel* de differ. inter quer. inoff. quae parentibus ac liberis, et quae Fratribus competit. §. 10. Höpfners Kommentar. über die Heinec. Instit. §. 535. nr. I.

u) *L.* 8. §. 16 *ff. de inoff. testam.* Si ex causa de inofficiosi cognoverit iudex, et pronuntiaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum: *ipso iure rescissum est*, et suus heres erit, secundum quem iudicatum est — — et libertates ipso iure non valent, *nec legata debentur, sed soluta repetuntur.* L. 13. et L. 28 ff. eod. tit.

geändert, so, daß wenn diese die querela inofficiosi testamenti anstellen, nur blos die Erbeinsetzung umgestoßen wird, die übrigen Vermächtnisse aber gültig bleiben.

§. 3.

Hieraus sehen wir nun, wie weit die Novelle, als die neuere Verordnung von den ältern Gesetzen Abänderung getroffen hat, nemlich in so weit, als von Kindern und Eltern die Rede ist. Von der querela inofficiosi der Geschwister erwehnet sie nichts; und da sie also hievon stillegeschwiegen, so können wir auch immer den Schluß machen, daß es Justinian in diesem Falle bey den Verordnungen der ältern Rechte habe lassen wollen, besonders da wir eine Abänderung der ältern Gesetze nicht annehmen dürfen, so lange in den neuern Gesetzen die Aufhebung einer solchen Verordnung nicht zu finden ist; wie dieses in andern Fällen v) die Gesetze oft ausdrücklich befohlen haben.

§. 4.

Wider diese hier vorgetragenen Sätze können zwar die Gegner x) nichts erhebliches

v) *L.* 32. §. 6. *C. de appellat.* Quidquid autem hac lege specialiter non videtur expressum, id veterum legum constitutionumque regulis omnes relictum intelligant.

x) *Fachineus* contr. iur. Lib. 4. cap. 91. in fin. *Franzkius* ad ff. tit. de inoff. test. n.

ches einwenden, und gestehen auch gern ein, daß die Novelle 115. nur allein von der querela inofficiosi der Kinder und Eltern rede, von der querela der Geschwister aber nichts enthalte: allein sie glauben doch, da einmal nur diese Klage auf die Rescißion der Erbeinsetzung gehe, auch Kinder und Eltern nicht schlimmer daran seyn müßten, als Geschwister; endlich da auch in der Novelle 115. über-

84. *Struv* ex 10. §. 23. *Cocceii* Jus contr. Tit. de inoff. testam. qu. 11. *Leyser* sp. 93 cor. 2. Der Recensent in der Jenaer Literaturzeitung. Auch hier, so wie bey der vorhergehenden Meditation in der Note v. bemerkt ist, ist Recensent der Meynung, daß die dießseitige Meynung, mit der Absicht des Gesetzgebers, mit der Analogie, und allgemeinen Billigkeit, worauf doch der Prätor und die alten Ausleger der Gesetze beständig ihr Augenmerk gerichtet, in Widerspruch stehe. — Womit kann dies Recensent beweisen? Die Absicht des Gesetzgebers ist für die gegenseitige Meynung gar nicht anzunehmen, weil in der Novelle 115. Kap. 3 und 4, nur in Ansehung der Eltern und Kinder eine Aenderung von dem ältern Gesetze gemacht, folglich in Ansehung der Geschwister es bey demselben gelassen ist. Die Anologie fällt weg, wenn das Gesetz den Fall deutlich entscheidet; und so darf uns auch nicht Billigkeit, die oft sehr relativ ist, alsdenn allein leiten, wenn der Gesetzgeber uns seinen Willen im Gesetze bekannt gemacht hat.

überhaupt nur blos der Kinder und Eltern gedacht sey, solglich jenes Falls von den Geschwistern nicht so genau hätte erwähnt werden können, vielmehr darauf mit gezogen werden müsse, — also könne auch die querelæ inofficiosi, wenn sie gleich von Geschwistern angestellet würde, nicht weiter als auf die Rescision der Erbeinsetzung gehen, die übrigen Vermächtnisse müßten also auch immer ausgezahlt werden.

§. 5.

Dies sind ungefehr die Gründe der Gegner, die sie für ihre Meynung anführen können. Wir haben sie hier nur so kurz angezeigt, theils weil sie von keiner großen Erheblichkeit sind, theils weil sie sich auch von selbst schon aus dem vorhergehenden widerlegen. Dürfte man dergleichen Gründe gebrauchen, um solche in den ältern Gesetzen gegründete Verordnungen aufzuheben und für ungültig zu erklären; könnte man hieraus eine etwa auf bloße Billigkeit sich gründende Meynung erweisen: so würde es leicht seyn, viele ältere gesetzliche Verordnungen völlig aufzuheben, und sich dagegen aus der Analogie der neuern Gesetze, neue zu schaffen. Allein dieses ist uns gewiß nicht erlaubt, so lange wir noch Gesetze vor uns haben, die ausdrücklich den Fall entscheiden, und so lange man nicht aus den neuern Gesetzen

genau sehen kann, daß der Gesetzgeber von den ältern eine Abänderung habe machen wollen.

Ein und achtzigste Meditation.

Die Paulianische Klage findet nicht Statt, wenn ein Schuldner die ihm zugefallene Erbschaft nicht antreten will.

§. 1.

Die Paulianische Klage setzt, wenn selbige mit Beystande der Rechte angestellet werden soll, als ein Haupterforderniß zum voraus, daß die von dem Schuldner unternommene Veräußerung nicht nur vor dem Konkurse geschehen [y]), sondern daß auch durch eine solche Veräußerung sein Vermögen verringert sey [z]), und solche zum Nachtheile der Gläubiger abzwecke [a]). Fehlet eins von die-

y) L. 1 ff. quae in fraud. cred.

z) L. 1. §. f. ff. eod.

a) L. §. 2 ff. eod.

diesen Stücken, so muß auch natürlicher Weise die Klage selbst wegfallen.

§. 2.

Hieraus läßt sich nun schon auf die Wahrheit des von uns angenommenen Sazzes schließen. Wir haben nehmlich behauptet, daß die Paulianische Klage in dem Falle, wenn der Schuldner die ihm zugefallene Erbschaft nicht annehmen will, nicht statt finde. Den weitern Beweis treffen wir in den Gesetzen selbst an, wo ausdrücklich gesagt wird, daß die Ausschlagung einer Erbschaft sich nicht zu dieser Klage qualificire b). Der Entscheidungsgrund beruhet darin, weil dadurch, wie in dem angeführten Gesetze gesagt wird, das Vermögen des Schuldners nicht veringert wird.

§. 3.

b) *L.* 6. §. 2 *ff. quae in fraud. cred.* Proinde qui repudiavit hereditatem vel legitimam, vel testamentariam, non est in ea causa, ut huic edicto locum faciat, noluit enim adquirere, non suum proprium patrimonium deminuit. — — *L.* 6. *pr.* 19. 20 *ff. eod. tit. L.* 3. *C. de revoc. his quae in fraud. cred.* L. 134 ff. de reg. iur. L. 28 ff. de verb. sign.

§. 3.

Die von unserer Meinung abweichenden Rechtsgelehrten c) können zwar wider diese klare und deutliche gesetzliche Verordnung nichts erinnern; sie halten aber ihre Meynung theils der Billigkeit gemäßer, theils glauben sie, daß das in den Gesetzen d) dem Fiscus gegebene Vorrecht, nach welchem derselbe alle zum Nachtheile desselben unternommene Veräußerungen widerrufen könne, auch auf andere müsse ausgedehnt werden.

§. 4.

Allein so lange deutliche Gesetze da sind, können wir nach der Billigkeit nicht richten, sondern müssen schlechterdings bey den Buchstaben der Gesetze stehen bleiben.

Und eben so kann man von dem in dem gegenseits angeführten Gesetze enthaltenen Falle

c) *Brunnemann* ad L. 6. §. 2 ff. quae in fraud. cred. *Schilter* ex 42. §. 53. *Berger* rel. leg. obst. Lib. 42. Tit. 8. Der Recensent in der Jenaer Literaturzeitung. Dieser führt hier aber weitet nichts an, als was in der Note v) der vorigen Meditation bemerkt ist.

d) *L.* 45 *ff. de iure fisci.* In fraudem fisci nonsolum per donationem, sed quocunque modo res alienatae revocantur.

Falle nicht auf andere Fälle schließen. Wer weiß nicht, daß Privilegien nicht von einem Falle auf den andern dürfen ausgedehnt werden, und wem ist wohl unbekannt, daß überhaupt der Fiscus in vielen Fällen von andern begünstiget worden ist? Vielmehr können wir im Gegentheile den in dem Gesetze vorgetragenen Fall, als eine Ausnahme von der Regel ansehen. Denn hätte der Gesetzgeber diese Ausnahme zu einer allgemeinen gesetzlichen Disposition machen, und auf jeden andern Fall ausgedehnet wissen wollen, so würde er nicht blos des Fiskus gedacht haben.

Mit weit größerm Grunde also haben daher die meisten Rechtsgelehrten e) unsere Meynung angenommen, und darnach die vorkommenden Rechtsfälle entschieden.

e) *Berlich* part. I. dec. 144. *Sande* dec. fris. lib. 3. tit. 13. def. 3. *Struv* ex 44. §. 74. *Stryk* U. M. tit. quae in fraud. cred. §. 3. *Wernher* part. I. obs. 289. *Gust. Bernh. Beckmann* de debitore obaerato in praeiudicium creditorum non acquirente 1774. *Hellfeld* iurispr. forens. §. 1831. *Haenlein* Diss. de actionis Paulianae natura, requisitis et usu forensi 1785.

Zwey und achtzigste Meditation.

Ein Bürge kann sich der Einrede der Verjährung nicht bedienen, wenn der Gläubiger den Hauptschuldner gemahnet, und dadurch die Verjährung interrumpirt hat.

§. 1.

So streitig gleich der Satz ist, ob dem Bürgen nicht die Einrede der Verjährung zu Statten komme, wenn er von dem Gläubiger an die Bezahlung nicht ist erinnert worden, sondern dieser nur den Hauptschuldner um die Bezahlung angesprochen hat: so tragen wir doch kein Bedenken, diese Einrede dem Bürgen abzusprechen f).

§. 2.

Der Grund der Verjährung liegt unter andern auch mit in der Nachläßigkeit: so bald

f) *Hering* de fideiuss. cap. 20. §. 18. n. 15. *Struv* ex 47. §. 47. *Mevius* part. 4. dec. 189. *Lynker* resp. Tom. 2. resp. 76. n. 12. *Cocceii* ius contr. tit, de usurp. et usuc qu. 26. *Schmid* de fideiuss. plane non obligato. Sect. 2. cap. 2. §. 193.

bald also der Gläubiger von seiner Seite sich keiner Nachläßigkeit hat zu Schulden kommen lassen; so bald er den Hauptschuldner vor Ablauf der gesetzlichen Frist an die Bezahlung erinnert, und dadurch die Verjährung unterbrochen hat; so fallen allen diejenigen Erfordernisse, welche die Gesetze zur Verjährung verlangen, wenigstens von Seiten des Hauptschuldners weg.

§. 3.

Allein wenn der Gläubiger den Bürgen in Ruhe gelassen hat, kann er nicht in Absicht dieses einer Nachläßigkeit beschuldiget werden? Dieser Zweifel, der hiebey jemand auffallen möchte, wird sich bald verliehren, wenn man nur irgend auf das Verhältniß, worinn der Bürge gegen den Gläubiger stehet, Rücksicht nehmen will. Der Hauptschuldner ist dem Gläubiger unmittelbar, der Bürge aber nur mittelbar verbunden. Will daher der Gläubiger seine Bezahlung haben, so muß er sich zuerst an denjenigen wenden, der ihm am nächsten verbunden ist. Wollte er gleich den Bürgen angreifen, und von demselben die Bezahlung verlangen, würde sich dieser nicht immer mit der exceptio ordinis schützen können? Bleibt also der Anspruch an dem Bürgen, so lange der Hauptschuldner bezahlen kann, ohne Wirkung, so kann es dem Gläubiger auch zu keiner Nachläßig-

läßigkeit ausgelegt werden, wenn er mit Uebergehung des Bürgen sich gleich an den Hauptschuldner wendet.

§. 4.

Doch um noch näher den Weg zur Entscheidung dieses streitigen Rechtsatzes zu bahnen, wollen wir hier nur noch die Gesetze selbst, woraus wir unsre Meinung beweisen, anführen. In Absicht der correi debendi ist in den Gesetzen g) ausdrücklich verordnet, daß wenn im Betrachte eines, die Verjährung unterbrochen wird, selbige in Absicht aller unterbrochen seyn solle. Ob nun zwar diese gesetzliche Verordnung blos von den correis redet, so können wir doch solche mit Rechte auf gegenwärtigen Fall anwenden, da theils die Gesetze selbst die correi mit den Bürgen vergleichen h), theils bey dem Bürgen noch ein weit größerer Grund, weswegen demselben die unterbrochene Verjährung des Haupt-

g) *L. ult. C. de duob. reis stipul.* — — Nobis pietate suggerente videtur esse humanum, semel in uno eodemque contractu qualicunque interruptione vel agnitione adhibita, omnes simul compelli ad persolvendum debitum, sive plures sint rei, sive unus, sive plures sint creditores, sive non amplius quam unus.

h) L. ult. C. de fideiuss.

Hauptschuldners schaden muß, als bey den correis, eintritt.

§. 5.

Wir haben schon in dem 3ten §. gesagt, daß der Bürge dem Gläubiger nicht unmittelbar verbunden sey; ganz anders aber verhält es sich bey den correis, indem jeder von denselben dem Gläubiger unmittelbar verhaftet ist. Handelt daher derjenige Gläubiger nicht weit nachläßiger, der nur einen von seinen correis mahnet, als derjenige, der mit Uebergehung des Bürgens sich gleich an den Hauptschuldner wendet?

§. 6.

Der Begriff einer Bürgschaft muß uns endlich noch lehren, daß dieselbe als eine der Hauptverbindlichkeit noch hinzugetretene Verbindlichkeit, immer so lange, als jene gültig und verbindlich ist, auch gültig und verbindlich bleiben muß, falls nicht in den Gesetzen eine Ausnahme gemacht worden ist. Wo können uns aber die Gegner nur ein Gesetz für ihre Meynung anführen? Freylich fehlet es ihnen nicht an Gründen, aber auch diese dürfen uns, wenn wir sie nur in etwas erwägen wollen, nicht irre machen.

§. 7.

§. 7.

Der Hauptgrund für die gegenseitige Meynung [i]) liegt vornehmlich darin: sie glauben, weil die Verbindlichkeit, worin der Hauptschuldner und Bürge gegen den Gläubiger stehet, von einander verschieden sind, indem der erste principaliter, der andere aber nur accessorie verbunden sey; daß daher auch die Unterbrechung der Verjährung in Absicht des Hauptschuldners, dem ersten nicht schade, weil eine Verbindlichkeit ohne die andere bestehen könne.

Allein, so wahr dieser Satz gleich seyn mag, so falsch ist dennoch die daraus hergeleitete Schlußfolge. Es folgt nicht, daß, wenn die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners und Bürgen verschieden sind, sich der Bürge auch der Einrede der Verjährung bedienen könne, wenn der Gläubiger nicht ihn, sondern den Hauptschuldner an die Bezahlung erinnert, und dadurch die Verjährung unterbrochen hat. Denn so groß der Unterschied in Absicht der Art der Verbindlichkeit ist; so

i) *Carpzov* decis. part. 1. dec. 34. *Francus* de fideiuss. cap. 6. n. 9. *Martini* com. for. ad. ord. proc tit. 39. §. 1. n. 186. *Berger* elect. discept. for. Tit. 39. obs. 39. obs. 3. not. 7.

so ist doch in Absicht der Verbindlichkeit und Schuld selbst kein wesentlicher Unterschied unter beyden; so daß man immer sicher den Schluß machen kann: was in Ansehung des Hauptschuldners Rechtens ist, ist auch bey dem Bürgen Rechtens. Zwar können wir nicht leugnen, daß es hievon auch Ausnahmen gebe: aber so lange kein Grund dazu ist, so lange die Gesetze selbst keine Ausnahme davon machen, so lange können wir auch bey jener Regel stehen bleiben.

§ 8.

Besonders haben wir gegründete Ursache, dieses im gegenwärtigen Falle zu behaupten. Bestehet nicht die Wirkung einer unterbrochenen Verjährung auch unter andern mit darin, daß dadurch die Klagen, die sonst nur auf eine gewisse Zeit eingeschränkt sind, perpetuiret werden? Und diese Wirkung müssen wir auch den Klagen, die dem Gläubiger gegen den Bürgen zustehen, auch alsden beylegen [k]); wenn nur von Seiten des Haupt-

k) *L.* 91. §. 4 *ff. de verb. oblig.* — Utique autem principalis debitor perpetuat obligationem. Accessiones an perpetuent dubium est. Pomponio perpetuari placet: quare enim facto suo fideiussor suam obligationem tollat? cuius sententia vera est; itaque per-

Hauptschuldners die Verjährung unterbrochen ist. — Der Unterschied, den hier die Gegner zur Ablehnung dieses Arguments machen wollen, wenn sie zwischen der Sache selbst, die einer zu leisten schuldig ist, und der Klage, die daraus entspringt, unterscheiden, ist unbedeutend. Denn so bald es wahr ist, daß durch die unterbrochene Verjährung die Klagen perpetuiret werden, so muß auch solches in Absicht der gegen den Bürgen zustehenden Klagen wahr seyn, weil, so lange die Verbindlichkeit, worin der Bürge steht, nicht aufgehoben ist, auch die Klage nicht aufgehoben seyn kann.

perpetuatur obligatio, tam ipsorum, quam successorum eorum, accessionibus quoque suis, id est, fideiussoribus, perpetuant obligationem, quia in totam causam spospon-derunt.

Drey und achtzigste Me-
ditation.

Enkel können das großväterliche Testament nicht durch die querel. inofficiosi testamenti anfechten, wenn ihr Vater in demselben aus einer rechtmäßigen und in den Gesetzen gegründeten Ursache enterbet ist.

§. 1.

Ein Vater hatte in seinem Testamente, seinen Sohn aus der Ursache, weil er Hand an ihn gelegt, und überdem noch gröblich beschimpfet hatte, völlig enterbet. Der Sohn überlebte zwar seinen Vater, starb aber gleich nach demselben, und hinterließ zwey Söhne, welche nach dem Tode ihres Großvaters, das großväterliche Testament um deswegen als pflichtswidrig angreifen wollen, weil ihnen in demselben der Pflichttheil nicht hinterlassen war.

Es entstanden dabey folgende Fragen: können Enkel das großväterliche Testament als pflichtswidrig anfechten, wenn sie in demselben nicht bedacht sind, ihr Vater aber

recht-

rechtmäßig enterbet ist? und wenn dies nicht: können sie denn wenigstens nicht durch die querela nullitatis das großväterliche Testament umstoßen?

§. 2.

Beyde Fragen, glauben wir, müssen verneint werden. Um dies desto deutlicher zeigen zu können, wollen wir zuerst beyde Fragen nur kürzlich beantworten, und demnächst in Absicht der erstern unsere Gründe weitläuftiger ausführen.

Stellen wir uns den Fall, so wie wir denselben erzählet haben, vor; setzen wir dabey fest, daß der Sohn aus einer in den Gesetzen gegründeten und erwiesenen Ursache von der väterlichen Erbschaft ausgeschlossen sey; so können wir leicht den Schluß machen, daß der Sohn auf keine Art das Testament seines Vaters anfechten könne. Eben dies aber muß auch bey den Enkeln statt finden.

§. 3.

Doch wir wollen einmal annnehmen, daß Enkel durch die querela inofficiosi testamenti das großväterliche Testament anfechten wollten; so müßten sie sich doch entweder aus der Person ihres Vaters, oder aus ihrer eignen zu dieser Klage qualificiren. Beydes aber geht hier schlechterdings nicht an. Ihr

Vater

Vater ist einmal rechtmäßig enterbt, und so wenig Recht also dieser zur Anstellung jener Klage hatte, so wenig können solches auch die Enkel haben. Aus ihrer eigenen Person sind sie eben so wenig zu dieser Klage berechtiget, denn sie haben sich gar keiner Ursache zur Enterbung schuldig gemacht, und wenn sie gleich solches gethan, so war diese Ursache doch nicht im Testamente ausgedrückt, und folglich das Testament nicht als pflichtswidrig, sondern eher als nichtig anzusehen. Allein auch die querela nullitatis muß hier in Absicht der Enkel wegfallen, da sich in dem Testamente in Absicht der Formalien kein Fehler findet, indem Enkel, so lange ihr Vater lebt, von ihrem Großvater nicht eingesetzt zu werden brauchen.

§. 4.

Hiedurch haben wir also schon jene Fragen beantwortet, und zugleich die Gründe davon mit angeführet. Allein da die erste oben angeführte Frage sehr streitig ist l), so ver-

l) Unserer Meynung sind *Fachineus* contr, iur. lib. 10. contr. 46. *Zoesius* ad ff. tit. de inoff. test. n. 64. *Struv* ex 32. 1 §. 26. *van de Poll* de exher. liber. cap. 44. *Stryk* caut. test. cap. 17. membr. 1. §. 7.

Der entgegengesetzten sind zugethan *Card. Pusch* concl. 182. n. 5. tit. 1. *Vasquez*

verdienet selbige wohl noch näher untersucht zu werden, besonders da von der richtigen Entscheidung derselben allerdings sehr viel abhängt.

§. 5.

In den Gesetzen m) treffen wir verschiedene Fälle an, worin jene Frage verneinend entschieden ist. Alle die von uns angeführten Gesetze reden ausdrücklich von unserm Falle, und verordnen, daß der Enkel das Testament seines Großvaters, wenn darin sein Vater enterbt seyn sollte, keinesweges aufheben könne. Man braucht nur, um sich davon zu überzeugen, die Gesetze selbst anzusehen. So heißt es z. B. in der *L.* 9. §. 2. *de lib. et post. hered. inst.* Si filium exheredavero, nepotemque ex eo praeteriero, et alium heredem instituero et supervixerit filius post mortem meam, licet ante aditam hereditatem decesserit, *non tamen nepotem rupturum testamentum* Julianus, et Pomponius,

ad l. 37. C. de inoff. test. *Duarenus* ad tit. de inoff. test. *Donellus* com. iur. civ. lib. 19. cap. 17. *Hommel* Rhapsod. qu. for. Obs. 55.

m) L. 9. § 2 ff. de lib. et post. L. 6 ff. de iniust. rupt. irrit. test. L. 7. pr. ff. si tabul. test. null. ext. L. 4. §. 1 ff. de bonor. poss. contr. tab. L. 32. C. de inoff. test.

ponius, et Marcellus aiunt. Eben so redet auch die *L.* 6. *ff. de iniust. rupt. irrit. fact. test.* mit dem hinzugefügten Entscheidungsgrund: *cum exheredari huiusmodi nepos non deberet ab avo, quem pater praecedebat.*

§. 6.

Eine noch etwas nähere Prüfung der *L.* 34. *C. de inoff. test.* ist aber um so mehr nöthig, weil die Gegner gleichfalls selbigen zum Beweis für sich anzuführen pflegen. Nach dem ältern Rechte gieng die querela inofficiosi testamenti nicht anders auf die Erben, als wenn der Enterbte solche angestellet hatte n). Dieses Recht schien Justinian unbillig zu seyn, so, daß er solches in Absicht der Descendenten durch die *L.* 34. *C. de inoff. testam.* abänderte, und verordnete, daß Enkel das großväterliche Testament als pflichtswidrig anzufechten berechtiget seyn sollen, wenn gleich ihr Vater die querela inofficiosi testamenti nicht angestellet hätte: *iubemus in specie eadem iura nepoti dari, quae filius habebat; etsi praeparatio facta non est ad inofficiosi querelam instituendam, tamen posse nepotem eandem causam proponere.*

Nach diesem fügt er noch die Ausnahmen hinzu, wenn nehmlich der Enkel von der

n) L. 6. §. 2 ff. de inoff. test.

Klage völlig ausgeschlossen seyn solle: nehmlich, wenn der Erbe die Ursache der Enterbung erweisen könnte, wenn der Sohn nur in dem Pflichttheile verletzet sey; wenn er der Klage renunciiret, oder fünf Jahr stille geschwiegen habe.

§. 7.

Nichts kann in der That deutlicher seyn, nichts bestimmter diesen Fall entscheiden, als eben dieses Gesetz. Justinian giebt, wie aus der angeführten Stelle ersichtlich, dem Enkel in Absicht der Klage gegen ein pflichtwidriges Testament eben die Rechte, die der Sohn hatte. Welcher Schluß kann daher auch richtiger, als dieser seyn: kömmt dem Sohne gegen das väterliche Testament die querela inofficiosi nicht zu, so kann auch solche dem Enkel nicht zukommen. Denn daß Justinian hier den Fall voraussetze, wenn nehmlich der Vater seinen Sohn entweder aus einer unrechtmäßigen, oder aus einer rechtmäßigen, von dem Erben aber nicht erwiesenen Ursache enterbet habe, giebt der Inhalt des Gesetzes selbst zu erkennen.

Endlich lehrt uns eben dies Gesetz, daß der Enkel das großväterliche Testament nicht aus eigner Person anfechten könne, denn wäre das, so würde die Verordnung des Justinians völlig überflüssig gewesen seyn.

§. 8.

§. 8.

Daraus sehen wir also, daß die gegenseitige Meynung in diesem Gesetze auf keine Weise gegründet sey. Denn wenn gleich einige Rechtslehrer behaupten, daß es zuweilen für den Enkel zuträglicher sey, aus der Person des des Vaters als seiner eignen die querela inofficiosi testamenti anzustellen, wenn sie nehmlich aus einer rechtmäßigen, ihr Vater aber zwar aus einer rechtmäßigen, von dem Erben aber nicht erwiesenen Ursache enterbet sey: so redet theils das Gesetz nicht von diesem, sondern von dem Falle, da der Enkel völlig übergangen ist: theils würde man auch der Gegenseite nicht zugeben können, daß Enkel aus der Person des Vaters das großväterliche Testament anfechten könnten, wenn sie darin rechtmäßig enterbet sind.

§. 9.

Doch das ist noch nicht alles, was uns die Gegner entgegensetzen.

Sie glauben ihre Meynung selbst in den Gesetzen zu finden, daher wir diese Gesetze genauer erwägen müssen. Den ersten Grund nehmen sie aus der *L.* 1. §. 5 *ff. de coniung. cum emanc. liber:* worin gesagt wird: *Sed etsi patruus eorum, qui erat in potestate, sit praeteritus, pater exheredatus, debent nepotes admitti, nam exheredatus pater eorum habetur*

pro

pro mortuo. Allein ohne einmal anzuführen, daß die Regel: *exheredatus habetur pro mortuo* nicht allgemein wahr sey: wie aus der Vergleichung jenes Gesetzes mit der *L.* 3 *ff. eod. tit.* erhellet; so redet jenes Gesetz auch nur von der bonorum possessio contra tabulas, als wozu das Edict *de coniungendis cum emancipato liberis eius* gehöret, und ist also von gegenwärtigem Falle ganz verschieden.

§. 10.

Auf gleiche Art erweiset auch das Argument, welches man aus der *L.* 3. §. 5. *ff. de bonor. poss. contr. tab.* hernimmt, hier nichts. Der Prätor giebt hier dem Enkel, wenn dessen Vater durch das großväterliche Testament ausgeschlossen ist, die bonorum possessio. Allein dies Gesetz redet theils von der bonorum possessio, und nicht von der querela inofficiosi testamenti, theils auch von dem Falle, da der Vater vor dem Testirer gestorben ist. Hier war eigentlich nach dem strengern Rechte das Testament ungültig, indem der Testirer nach dem Tode seines Sohnes, seine Enkel, die ihm jetzt am nächsten waren, hätte einsetzen, oder rechtmäßig enterben müssen: der Prätor aber erhielt das Testament, und gab dem Enkel die bonorum possessio, um zur Erbschaft zu kommen.

§. 11.

§. 11.

Endlich können wir in der L. 14. und 31. *ff. de inoff. test.* auch nichts finden, was der Gegenseite nur irgend zu statten kommen könnte. Denn wenn gleich in der *L.* 31. *pr. ff. de inoff. test.* gesagt wird: *Si is, qui admittitur ad successionem, nolit, aut non possit accusare: an sequens admittatur, videndum est? et placuit posse, ut successioni fiat locus.* Allein die Erklärung ist schon in der *L.* 14. *ff. de inoff. test.* mit enthalten. Der Fall, der in diesem Gesetze vorgetragen wird, ist dieser: der Testirer hatte in seinem Testamente seinen Sohn enterbt, und seinen Vater übergangen, und hier war die Frage: ob der Vater das Testament anfechten konnte? welche bejahet werden mußte. Der Unterschied unter diesem und unserm Falle ist offenbar. Denn dadurch, daß der Testirer seinen Sohn enterbt, konnte der Vater des Testirers nicht präjudiciret werden, weil dieser nicht in einer Linie mit seinem Enkel succediret; fiel also der Enkel, vermöge der Enterbung weg, so kam die Reihe an die Ascendenten. In unserm Falle aber ist die Frage vom Vater und Sohne, die in einer Linie stehen, und da kann man, wie wir erwiesen haben, nicht behaupten, daß, wenn der Vater durch die Enterbung wegfällt, sein Sohn, als der

nächs-

nächste in eben der Linie, die querela inofficiosi testamenti anstellen könne.

Vier und achtzigste Meditation.

Rechtmäßig enterbte Kinder werden bey Berechnung des Pflichttheils immer mit gezählt.

§. 1.

Hiebey lassen sich zwey Fragen aufwerfen, deren Untersuchung nicht ohne Nutzen ist. Einmal werden rechtmäßig enterbte Kinder bey Berechnung des Pflichttheils mitgezählt, oder werden sie angesehen, als wenn sie gar nicht mehr existirten? Fürs andere, wer enthält den Theil des Enterbten — wenn wir nehmlich voraussetzen, daß er mit gezählt wird — die andern Geschwister, oder der eingesetzte Erbe? Bey der ersten Frage können wir uns wieder zwey Fälle gedenken, die beyde, man mag sie entscheiden, wie man will, bald zum Vortheile, bald zum Schaden der Kinder ausfallen können. Wir können uns nehmlich den Fall vorstellen, wenn

zwey,

zwey, drey oder vier Kinder da sind; von diesen, wir wollen hier drey Kinder annehmen, ist einer rechtmäßig enterbt, daß also jetzt nur zwey den Pflichttheil verlangen können. Wird der dritte Enterbte nun angesehen, als wenn er gar nicht mehr existirte, so erhalten diese beyden Kinder zu ihrem Pflichttheile zwar auch nur den dritten Theil des sämmtlichen Vermögens eben so, als wenn der Enterbte mitgerechnet würde: allein sie erhalten alsdenn doch von diesem dritten Theile, jeder die Hälfte, da sie sonst nur jeder ein Drittel davon würden erhalten haben. Z. B. der Pflichttheil ist 6000 Rthlr., so erhalten sie, wenn der Enterbte nicht mitgerechnet wird, jeder 3000 Rthlr.; wenn er aber mitgezehlt wird jeder nur 2000 Rthlr.

§. 2.

Im Gegentheile können wir uns auch den Fall gedenken, wo es den übrigen Kindern nachtheilig ist, wenn der Enterbte nicht mitgerechnet wird; so wie es in dem vorigen Falle ihnen vortheilhaft war. Wir wollen annehmen, es sind fünf Kinder da, und von diesen fünfen ist einer enterbt. Wird dieser Enterbte nun bey Berechnung des Pflichtheils nicht mitgezählet; so ist der Pflichtheil dieser vier Kinder ein Drittel des ganzen Vermögens; wird er aber mitgezählt,

so

so ist er die Hälfte desselben. Z. B., der Eltern Vermögen ist 12000 Rthlr., im ersten Falle ist der Pflichttheil der vier Kinder zusammen 4000, im letztern aber 6000 Rthlr.

§. 3.

Wir haben dieses vorauszuschicken für nöthig gehalten, theils um diese von vielen ins Verworrene gezogene Materie, etwas deutlicher zu machen, theils aber auch, um einleuchtend zu zeigen, daß die Untersuchung dieser Streitfrage allemal von praktischem Nutzen seyn kann, auch immer erheblich ist.

Nach den verschiedenen Meynungen, die über diese Streitfrage die Rechtsgelehrten geäußert haben, scheint uns die den Gesetzen am angemessensten zu seyn, daß nehmlich enterbte Kinder, auch solche, die die querela inofficiosi testamenti anstellen können, aber nicht wollen, oder die solcher Klage entsagt haben, bey Berechnung des Pflichttheils immer mitgezählt werden müssen o)

§. 4.

o) *Vinnius* sel. iur. iur. qu. Lib. I. qu. 21. *Struv* ex. 10. th. 32. *Huber* prael. ad ff. tit. de inoff. test. §. 14. *Cocceii* Jus contr. eod. tit. qu. 18. et 29. *Wernher* Vol. 1. P. 3. obs. 82. *Pufendorf* Obs. iur. univ.

§. 4.

Der Pflichttheil stehet den Kindern, wie bekannt, blos aus den Gesetzen, nicht aber vermöge der Disposition der Eltern zu. Jene haben es einmal bestimmt, wie groß derselbe nach der Mehrheit der Kinder seyn soll. Sind vier oder weniger Kinder da, so ist der dritte Theil, sind aber mehr als vier Kinder da, so ist die Hälfte des sämmtlichen Vermögens ihr Pflichttheil p). Diejenigen nun, die ab intestato zur Erbfolge hätten kommen müssen, werden auch bey Berechnung des Pflichttheils mitgezählet, und hiernach die Quantität derselben bestimmt. Enterbte Kinder aber gehören noch immer unter

univ. Tom. I. obs. 238. *Hommel* Rhapsod. obs. 199. *Cocceji* de liberis qui partem et numerum faciunt Sect. 3. nr. 10. Höpfners Commentar über die Heinec. Inst. §. 473. not. 7. Pütters auserlesene Rechtsf. B. 3. Th. 1. Resp. 260. nr. 42. *Darries* et *Lenz* Disquisitio iuridica an iuste riteque exheredatus, in computationem legitimae inter liberos sit connumerandus, nec ne. Semlers Untersuchung, ob die berathenen oder abgesonderten Kinder bey der Berechnung des Pflichttheils mitzuzählen sind? *Meyer* Diss. de determinanda legitimae quantitate 1776. *Walch* introd. in controv. iur. civil. recent. Sect. 2. cap. 4. membr. 2.

p) Nov. 18. Cap. 1.

unter die Zahl der Kinder q), wenn sie auch gleich durch eine Disposition der Eltern von der Erbfolge ausgeschlossen sind, und deswegen müssen sie auch bey Berechnung des Pflichttheils mitgezählt werden. In der Novelle 18. Kap. I. wird nur blos auf die Anzahl der Kinder gesehen, nicht blos solcher, die von Eltern in den Pflichttheile eingesetzt sind, sondern überhaupt aller der, die ab intestato hätten erben können, und hiernach der Pflichttheil bestimmt. Wer wird es aber nun in Abrede stellen, daß solche enterbte Kinder, falls sie nicht enterbte wären, auch immer ihren Eltern hätten mit erben können, wenn sie keine Disposition gemacht hätten? Bey der Berechnung des Pflichttheils aber nimmt man auf eine Disposition keine Rücksicht; sondern diese wird lediglich so eingerichtet, als wenn der Vater oder die Mutter ohne eine Disposition über ihr Vermögen zu machen, gestorben wären r).

§. 5.

Eben so ist es auch gewiß, daß der Vater so wenig, als ein Dritter, den Pflichttheil der Kinder, da er einmal von den Gesetzen

q) Arg. L. 4 ff. de tutela test.

r) L. 8. §. 6 ff. L. 8. pr. et L. 32. C. de inoff. test.

setzen bestimmt ist, verringern kann. Dieses würde aber geschehen, wenn ein enterbtes Kind, oder ein solches, welches sich des Pflichttheils begeben hat, in dem Falle nicht mitgezählt werden sollte, wenn unter fünf Kindern eines enterbt ist. Und eben so ist es auch ausgemacht, daß der Fehltritt des einen Kindes den übrigen nicht zur Last geschrieben werden dürfe, und schaden könne. Aus was für Grunde wollte man denn also wohl jenen Fehltritt, der eine Enterbung verdient, den übrigen Kindern anrechnen, und ihnen deswegen ihren Pflichttheil kürzen. Würde dies nicht offenbar wider alle Rechte und Billigkeit urtheilen heißen?

§. 6.

Endlich aber enthält die *L.* 8. §. 8 *ff. de inoff. testam.* noch einen wichtigen Grund für unsere Meynung. Aus diesem Gesetze zeigt es sich deutlich, daß ein enterbtes Kind, bey Berechnung des Pflichttheils immer müsse mitgezählt werden. *Quoniam autem*, heißt es darin, *quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam videndum erit, an exheredatus partem facit, qui non queritur: ut puta, sumus duo filii exheredati. Et utique faciet, ut Papinianus respondit; et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes; ex uno plures, tres*

puta,

puta, ex uno unus, unicum ſes, cuncia: unum ex illis ſemuncia querela excludit. — Dieſes Geſetz wird nun freylich von der Gegenſeite ganz anders genommen, und einige halten dafür, daß es nur blos von unrechtmäßig Enterbten, die die querela nicht hätten anſtellen wollen, zu verſtehen ſey: allein, weil das Gegentheil dieſer Erklärung aus dem Geſetze und dem darin angeführten Beyſpiele deutlich erhellet, ſo werden wir auch nicht nöthig haben, hiebey länger ſtehen zu bleiben, und verweiſen daher nur blos auf die in der (Note o) angeführten Schriftſteller; die den wahren Sinn dieſes Geſetzes deutlich genug gezeigt haben.

§. 7.

So großen Grund nun gleich die dieſſeitige Meynung für ſich hat, ſo wird man doch finden, daß die gegenſeitige auch eine große Anzahl Vertheidiger gefunden habe s).

Ihre

s) *Gail* Lib. 2. obſ. 122. n. 18. *Fachineus* Controv. iur. Lib. 4. cap. 31. *Berlich* P. 3. concl. 12. n. 9 ſeqq. *Carpzov* P. 3. conſt. 10. def. 12. 13. *Schilter* Ex. 14. §. 77 ſeqq. *Stryk* Caut. teſtam. Cap. 17. Membr. 1. §. 21. *Boehmer* Intr. in ius dig. tit. de inoff. teſt. §. 6. *Berger* Oecon. iur. Lib. 2. tit. 4. th. 16. not. 4. *Clemen* de ſupplenda parte legitim. 1771. *Brunne-*

mann

Ihre Gründe aber sind in der That nicht so stark, daß die dießseitige Behauptung dadurch sollte geschwächt werden können. Wir brauchen, um dies zu zeigen, nur ihren Hauptgrund anzuführen, worauf sie sich doch alle hauptsächlich berufen. In der L. 1. §. 5. ff. de coniung. cum. eman. lib. wird gesagt: *nam exheredatus pater eorum pro mortuo habetur.* Hieraus schließen sie: ein jeder Enterbte werde so angesehen, als wenn er gar nicht mehr existire, und deswegen könne er auch bey Berechnung des Pflichttheils nicht mitgezählt werden. — Wäre dies allgemein richtig, so würde daraus vieles folgen, was selbst die Gegenseite nicht eingestehen würde. Es könnte alsdenn auch immer der Enkel die querela inofficiosi testamenti gegen das Testament seines Großvaters anstellen, wenn sein Vater rechtmäßig enterbt wäre u. s. w.

Wir müssen daher jenes Gesetz auch nur blos auf den darin enthaltenen Fall anwenden, und dürfen daraus keine Regel nehmen: daß ein Enterbter als ein solcher, der nicht existire, anzusehen sey. Das Gesetz redet blos von der bonorum possessio contra tabulas,

mann ad L. 10. §. 4 ff. de bonor poss. contra tabulas. *Merlin* de legitima lib. 1. tit. 4. qu. 3.

las, wie wir schon anderwärts t) gezeigt haben. Weil nun diese nur den Kindern, die im Testamente übergangen sind, nicht aber den Enterbten, als welche die querela inofficiosi testamenti haben, zusteht, so ist es auch wahr, daß in Absicht dieser, Enterbte, als wenn sie gar nicht da sind, angesehen werden. Ueberhaupt ist der Satz: exheredatus pro mortuo habetur bey der Erbfolge ab intestato völlig unrichtig, und läßet sich nur höchstens bey der testamentarischen Erbfolge anwenden.

§. 8.

Die übrigen Gesetze, welche die Gegner noch anführen, reden eben so wohl von der testamentarischen Erbfolge, und gehören hier eigentlich nicht her. Nur dürfen wir doch eines von denselben nicht vorbeygehen, welches vielleicht noch das wichtigste scheinen könnte, ob es gleich von unserm Falle auch nichts enthält. Es heißt in der *L.* 17. *ff. de inoff. test:* Qui, repudiantis animo, non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, *partem non facit* his, qui eandem querelam movere volunt etc.

In diesem Gesetze wird, wie man leicht einsehen kann, von der Berechnug des Pflicht-

theils

t) S. die vorhergehende Med. §. 9.

theils nichts erwähnt, auch davon nichts gesagt, ob der Enterbte müsse dabey mitgezählt werden. Der in diesem Gesetze enthaltene Ausdruck: partem facere, hat bekanntlich eine doppelte Bedeutung; einmal bey Berechnung des Pflichttheils, und das andere mal in Absicht der Wirkung der querela inofficiosi testamenti, nehmlich in wie ferne diese dem Kinde, welches nicht geklagt hat, zu statten komme. In dieser letztern Bedeutung wird jener Ausdruck hier genommen; wie sehr aber dieser Fall von dem unsrigen verschieden sey, wird ein jeder, ohne unser Erinnern, selbst bald einsehen können.

§. 9.

Das übrige, was sich noch über diese Streitfrage sagen ließe, gehen wir hier vorbey, da sie bereits schon weitläuftig von andern abgehandelt ist u). — Wir kommen nunmehr zu der im ersten §. noch aufgeworfenen zweyten Frage: wer nehmlich den Theil des Enterbten bekomme, wenn es bey Berechnung des Pflichttheils mitgezählt wird, die

u) Ausser den oben bemerkten sind hier noch anzuführen: *Bastineller* an filius iuste exheredatus in computatione legitimae inter liberos fit connumerandus? *Breuning* de filio iuste exheredato connumerando constituenda legitimae quantitate.

die Kinder oder der Erbe? Unserer Meynung nach gebühret er nicht den Kindern, sondern dem eingesetzten Erben v), wenn nehmlich das Testament und die Erbeinsetzug bey Kräften bleibt. Denn die übrigen Kinder erhalten ihren völligen Pflichttheil, der ihnen von den Gesetzen ausgesetzt ist, und hiemit müssen sie zufrieden seyn. An dem Theile des enterbten Kindes haben sie also kein Recht, folglich können die Eltern diesen einem jeden andern zuwenden. Es wird nun zwar, wenn fünf Kinder da sind, und eines enterbt ist, die Hälfte des elterlichen Vermögens zum Pflichttheil gerechnet: es erhält aber nur jedes Kind den fünften Theil, und des Enterbten sein Theil fällt dem Erben anheim.

v) *Sehilter* de legitimae cum quarta vel simili portione, superstitio coniungis debita, concurrentis computatione. §. 25. *Harprecht* de iure deducendi duas quartas. §. 80.

Fünf

Fünf und achtzigste Meditation.

Kinder dürfen ihre Eltern nicht stillschweigend übergehen, wenn sie über ihr peculium quasi castrense testiren.

§. 1.

Kinder können über ihr peculium quasi castrense nicht nur unter den Lebendigen, sondern auch von Todes wegen frey disponiren; ja nach den ältern Rechten x) war diese Freyheit so groß, daß sie, wenn sie auch noch in der väterlichen Gewalt waren, ihre Eltern nach Belieben in ihrem Testamente übergehen, und diese, so wenig die querela inofficiosi, als nullitatis, gegen ein solches Testament anstellen konnten. — Hiebey entstehet nun die Frage: ob Kinder, wenn sie noch in der väterlichen Gewalt sind, auch heut zu Tage so frey über ihr peculium quasi castrense disponiren können, oder ob sie nothwendig ihre Eltern zu Erben einsetzen, oder

x) L. ult. C. de inoff. testam. L. ult. C. qui testam. fac. poss.

aus gesetzmäßigen Ursachen enterben müssen, wenn sie ihnen nichts hinterlassen wollen?

§. 2.

Die richtige Bestimmung dieser Frage hängt fürnehmlich von der Entscheidung ab: ob die ältern Gesetze, die den Kindern diese Freyheit geben, durch die neuern, nehmlich durch die Novelle 115. Kap. 4. abgeschaft und aufgehoben sind. In dieser Novelle wird in dem angezognen Kapitel verordnet: daß es den Kindern nicht mehr erlaubt seyn solle, über solche Güter, darüber sie ein Testament machen können, frey zu disponiren, und ihre Eltern zu übergehen, außer aus den in dieser Novelle angegebnen Ursachen. Sie sollen also diese Ursachen in ihrem Testamente angeben, wenn sie sie enterben wollen y).

§. 3.

Verschiedene Rechtsgelehrte z) nun sind der Meynung, daß diese Novelle jene ältern Ge-

y) Sancimus itaque non licere liberis, parentes suos praeterire, aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas enumeravimus, in suis testamentis specialiter nominaverint.

z) *Donellus* Comment. Lib. 19. cap 5. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de inoff. test. §. 28.

Gesetze nicht aufgehoben habe: theils weil diese Novelle nur eine allgemeine Verordnung enthalte, wodurch die ältern Privilegien nicht aufgehoben würden; theils weil Justinian noch ausdrücklich in einem neuern Gesetze, als die Novelle 115, nemlich in der Novelle 123. Kap. 19, nur blos solchen Söhnen, die geistlichen Standes sind, jenes in den ältern Gesetzen ertheilte Privilegium und die Freyheit genommen, ihre Eltern in ihrem Testamente nach Gefallen zu übergehen. Sie glauben daher, da Justinian in diesem Falle nur jenes Privilegium ausdrücklich aufgehoben habe, in diesem Falle aber nicht, wenn andere Kinder, als solche, die geistlichen Standes sind, über ihr peculium quasi castrense testiren, so müßten jene ältern Gesetze auch noch immer bestehen.

§. 4.

Wir geben es gern zu, und haben es selbst auch schon in andern Stellen behauptet, daß Privilegien, die in ältern Gesetzen ertheilt sind, durch eine allgemeine Verordnung eines neuern Gesetzes, nicht aufgehoben werden, wenn es deutlich daraus zu ersehen ist,

28. *Cocceii* Jus contr. eod. tit. qu. 19. *Boehmer* Introd. in ius dig. eod. tit. §. 14. *Berger* resol. legum obstant. Tit. de inoff. testam. qu. 2.

ist, daß der Gesetzgeber dieses gewollt habe, oder wenn man die neuere Verordnung schlechterdings nicht anders annehmen könne. Beydes aber ist hier der Fall. Nicht nur, sagt die Novelle 115, ganz unbestimmt, ohne Einschränkung, daß es den Kindern nicht erlaubt seyn solle, ihre Eltern in ihrem Testamente nach Gefallen zu übergehen, und redet daher nicht blos von solchen Kindern, die nicht mehr in der väterlichen Gewalt sind; sondern aus dem Inhalte selbst ist deutlich genug zu ersehen, daß Justinian auch solchen Kindern, die sich in der väterlichen Gewalt befinden, ebenfalls jenes Privilegium, über ihr peculium quasi castrense frey zu disponiren, genommen habe.

§. 5.

Es heißt in jener Novelle im 4ten Kapitel: daß die Kinder über solche Güter, über die sie testiren dürfen, nicht frey disponiren, und ihre Eltern enterben könnten: *in quibus*, sagt die Novelle, *habent testandi licentiam*. Worauf sollten nun wohl diese Worte anders gezogen werden können, als auf das peculium castrense, oder quasi castrense der Kinder, die noch in der väterlichen Gewalt sind?

Auf ein anders peculium kann es nicht gehen, denn hierüber können sie nicht testiren;

ren; auf Kinder, die nicht mehr in der väterlichen Gewale sind, kann man jene Worte auch nicht ziehen, denn diese können über alle Güter testiren. Zeigt es sich nun nicht aus dieser Erklärung der Novelle ganz offenbar, daß Justinian jenes in den ältern Gesetzen den Kindern gegebene Privilegium, durch diese Novelle habe aufheben wollen? Und läßt sich wohl mit Grunde behaupten, daß diese Novelle nur allein von solchen, sich ausser der väterlichen Gewalt befindenden Kindern zu verstehen sey? Hierauf dürften wir sie doch nur allein einschränken, wenn wir, so wie die Gegenseite, urtheilen wollten.

§. 6.

Da also jene Novelle so deutlich für die dießseitige Meynung a) redet, da der ganze Inhalt derselben genug zu erkennen giebt, daß jene ältern Gesetze in Ansehung der Kinder, die keine Soldaten sind, aufgehoben sey: so fällt der andere im dritten §. angeführte gegenseitige Grund: als wenn nemlich Ju-

a) Dieser pflichten bey *Struv* ex. 10. §. 39. *Richter* Tripart. interpr. ad L. 12. C. qui test. facere poss. n. 91. pag. 167. *Fachineus* Controv. iur. Lib. 6. cap. 74. *Stryk* Us. mod. tit. de inoff. test. §. 14. *Bruckner* de negotiis filiorum familias cum inter vivos tum per ultimas voluntates §. 42.

Justinian, da er nur blos in dem Falle, wenn Kinder geistlichen Standes sind, jenes Privilegium aufgehoben, und der andern Kinder nicht ausdrücklich gedacht, folglich diesen dasselbe nicht genommen habe — von selbst weg.

Zudem hat Justinian in der Novelle 123. Kap. 19. nicht erst den Kindern geistlichen Standes jenes Privilegium, ihre Eltern in ihrem Testamente nach Gefallen zu enterben, genommen, sondern dieses Rechtes waren sie schon durch die Novelle 115. Kap. 4., die ohne Einschränkung redet, und keine Kinder ausnimmt, beraubet.

Es ist also dieser Grund ohne Erheblichkeit, und da die Novelle auch nothwendig von solchen Kindern zu verstehen ist, die noch in der väterlichen Gewalt sind, und über ihr peculium quasi castrense testiren wollen, wie dies oben genug gezeigt ist, so hatte Justinian auch nicht nöthig, weiter ein Gesetz zu geben, worin er ausdrücklich die ältern Gesetze hätte aufheben müssen, sondern diesen war durch diese Novelle hierin ihre verbindende Kraft schon hinlänglich genug genommen.

Sechs und achtzigste Me-
ditation.

Der Bürge eines Pupillen verlieret seine Forderung nicht, wenn er die Vormundschaft übernimmt.

§. 1.

Die Gesetze verbieten so wohl dem Gläubiger als Schuldner des Pupillen die Vormundschaft desselben zu übernehmen. Sie setzen auf die Uebertretung dieser Verordnung von Seiten des Gläubigers den Verlust seiner Forderung, und der Schuldner muß, falls er auch seinem Pupillen sollte bezahlet haben, die Schuld noch einmal bezahlen, ohne dabey auf den Unterschied zu sehen, den einige von den ältern Rechtsgelehrten gemacht haben: ob die Schuld, oder Forderung groß, oder gering sey. — Kann aber auch diese Verordnung auf denjenigen, der sich für den Pupillen verbürget hat, ausgedehnt werden? Gesetzt, es hat jemand für den Vater des Pupillen eine Bürgschaft übernommen: oder für den Schuldner des Pupillen gut gesagt, verliehrt alsdenn der Bürge durch Uebernehmung der Vormundschaft

im

im ersten Falle seine Forderung, und muß er im andern Falle noch einmal bezahlen, wenn der Schuldner seine Schuld abgetragen haben sollte?

§. 2.

So wohl nach den in den Pandekten [b]) als Codex [c]) enthaltenen Verordnungen konnte der Gläubiger und Schuldner des Pupillen dessen Vormundschaft ungestraft übernehmen.

Justinian hielt es für nachtheilig, diese zur Vormundschaft weiter zuzulassen, und hob daher durch die neuern Gesetze [d]) jene auf.

b) *L.* 5. §. 4 *ff. de adm. tut.* Debitor patris qui tutelam administravit filii, tutelae iudicio tenebitur etiam ob id, quod patri debuit.

c) *L.* 8. *C. qui dare tutor.* Creditorem debitoribus tutorem datum, non tantum petitionem non amittere, sed etiam ipsum sibi posse solvere, non ambigitur.

L. 7. *C. de exc.* Neque a tutela neque a cura ideo quis excusatur, quod debitor sive creditor eius est, cui tutor sive curator datus est: sed participem in munere habere debet, ut, si res exegerit, is qui alieno auxilio eget, defendatur.

d) *Nov.* 72. *cap.* 1. Haec omnia lege corrigere volumus, et praecipue illud, ut si quis obli-

auf. Dieses Gesetz darf also auch als ein verbesserndes Gesetz nicht auf ähnliche Fälle ausgedehnt, sondern muß einschränkend erkläret werden.

§. 3.

Hieraus können wir nun auch jene oben angeführte Frage entscheiden, und behaupten, daß der Bürge nicht mit unter dieser Verordnung begriffen sey, sondern daß derselbe, ohne die in den Gesetzen festgesetzte Strafe sich zuzuziehen, die Vormundschaft sicher übernehmen könne.

Gehen wir auf den Grund jener Verordnung zurück; so werden wir finden, daß dieser hauptsächlich darin beruhet, weil der Gläu-

obligatum habuerit minorem, aut eius res, hunc non omnino ad curationem eius, vel si a legibus vocetur, accedere.

Auth. minoris C. qui dare tut. Minoris debitor vel is cui minor tenetur, aut qui minoris res tenet, a curatione prohibetur. Nam et ante curator, si minoris creditor efficiatur, non sine adiuncto curatore administrabit. Hoc autem ab initio vel probet, vel iuret, se credere minorem obligatum, vel res eius habere, nam si taceat actionis sustinebit iacturam. Item si debitor taceat, nec redhibitione, nec alia tempore curationis solutione iuvabitur etc.

Gläubiger, wenn seine Forderung nicht völlig gegründet ist, sich selbst bezahlt, der Schuldner hingegen die über seine Schuld haltende Dokumente unterdrücken kann. Beydes aber findet in Absicht des Bürgen nicht Statt. Denn gesetzt, die Bürgschaft ist für den Pupillen übernommen, so muß der Gläubiger, falls er die Bezahlung verlangt, sich an den Hauptschuldner, das ist, den Pupillen halten. Hier ist so leicht kein Unterschleif möglich; aber auch in dem Falle, wenn der Bürge dem Gläubiger aus seinen eignen Mitteln sollte bezahlt haben, so wird zwar alsdenn der Bürge der Gläubiger; allein eine solche Forderung, die der Vormund während seiner Vormundschaft erhält, macht den Vormund zur fernern Führung der Vormundschaft nicht untüchtig, weil die Gesetze e) schon dadurch genug für den Pupillen gesorgt haben, wenn sie dem Vormunde in diesem Falle einen Curator an die Seite setzen. Sollte aber der Bürge sich für den Schuldner bey dem Pupillen verbürget haben; so fällt der Grund dieser Verordnung völlig weg, denn es würde ja dem Bürgen zu dem größten Nachtheile gereichen, wenn er die Dokumente unterdrücken wollte, weil er dadurch sich selbst den Regreß wider den Schuldner nehmen würde. §. 4.

e) Nov. 72. cap. 2.

§. 4.

Allein wendet man uns hier von der Gegenseite f) ein, wenn die Gesetze g) selbst den Bürgen für einen Schuldner ansehen, so muß auch jene Verordnung, nach welcher ein Schuldner die Vormundschaft seines Gläubigers nicht übernehmen darf, hier statt finden.

Wir können es gerne zugeben, daß in der weitläuftigsten Bedeutung der Bürge mit unter dem Namen entweder des Gläubigers, oder Schuldners begriffen werde h); allein in der eigentlichen Bedeutung ist er keines von beyden, wenigstens kann er es nicht eher seyn, als bis er bezahlet hat i). Ist also bey Annahme der Vormundschaft der Bürge weder ein Gläubiger noch ein Schuldner des Pupillen, so paßt auch jene Verordnung nicht auf denselben.

§. 5.

Das Gesetz setzet hier einen solchen Gläubiger und Schuldner zum voraus, der bey An-

f) *Hering* de fideinss. cap. 15. n. 1. 110. et cap. 29. n. 5.

g) *L.* 4. §. 1 *ff. de fideiuss.* Fideiussor et ipse obligatur, et heredem obligatum relinquit, cum rei locum obtineat.

h) L. 10 ff. de verb. sign.

i) L. 38. §. 1 ff. mand. L. 10. C. eod. tit.

Annahme der Vormundschaft wirklich an dem Pupillen Forderungen hat, oder demselben schuldig ist. Dies Erforderniß fehlet bey dem Bürgen. Denn bezahlet der Bürge dem Gläubiger seines Pupillen aus seinen Mitteln; so kann er zwar aus dem, ihm von jenem abgetretnen Rechte, seine Forderung von dem Pupillen wieder fordern, aber alsdenn würde auch das, was wir im dritten §. gesagt haben, eintreten. Muß er aber für den Schuldner, seinem Pupillen bezahlen, so tritt er gleichfalls in die Rechte des Pupillen, und ist also in diesem Falle weder ein Gläubiger noch Schuldner des Pupillen.

§. 6.

Dadurch haben wir alle die Einwürfe der gegenseitigen Meynung, daß nehmlich bey dem Bürgen eben der Grund als bey dem Gläubiger und Schuldner des Pupillen eintrete; daß der Bürge einem Gläubiger und Schuldner gleich geachtet werde, gehoben. Setzen wir zu allem diesen nun noch hinzu, daß nach dem ältern Rechte [k]) einem Bürgen allerdings erlaubt gewesen sey, die Vor-

k) *L. 60 ff. de fideiuſſ.* Tutor datus eius filio, cui ex fideiuſſoria cauſa obligatus erat, a ſemetipſo exigere debet, et quamvis tempore liberatus erit, tamen tutelae iudicio eo nomine tenetur etc.

Vormundschaft dessen, für den er sich verbürgt hat, zu übernehmen; so können wir auch um so eher dabey stehen bleiben, da durch die neuern Gesetze keine Abänderung in diesem Stücke gemacht ist.

Sieben und achtzigste Meditation.

Wenn wegen eines im Kontrakt zugefügten Schadens aus dem aquilischen Gesetze geklagt wird, so muß dabey der Grad der Nachläßigkeit zum Grunde gelegt werden, der in dem Kontrakte prästiret werden muß.

§. 1.

Wegen des in einem Kontrakte zugefügten Schadens hat man, um die Ersetzung desselben von dem andern Kontrahenten zu fordern, nicht blos die aus dem Kontrakte entspringende Klage, sondern die Gesetze erlauben es auch desfalls aus dem Aquilischen Gesetze zu klagen [1]). Bekanntermaßen aber kann

1) L. 18. §. 1. et L. 7. §. 1 ff. commod. vel. cont. L. 7. §. 8 L. 18 ff. ad leg. Aquil.

kann durch die Aquilische Klage auch die Ersetzung eines durch das geringste Versehen zugefügten Schadens gefordert werden; und daher entsteht die Frage: was für einen Grad der Nachläßigkeit man zum Grunde legen müsse, wenn man diese Klage anstellet? Wir behaupten hierl mit den meisten Rechtsgelehrten [m], daß man allezeit, wenn man diese Klage bey einem Kontrakte gebrauchen will, auf den Grad der Nachläßigkeit Rücksicht nehmen müsse, welcher der Natur des Kontrakts nach geleistet werden muß.

§. 2.

Die Gesetze fordern nach den verschiednen Arten der Kontrakte von den Kontrahenten bald einen größern, bald einen geringern Grad des

m) *Struv* ex 14. §. 20. *Stryk* U. M. Tit. ad leg. Aqnil. §. 14. *Boehmer* intr. in ius dig. eod. tit. §. 2. et in tract. de act. Sect. 2. cap. 11. §. 20. nota. *Thomasius* larva legis Aquiliae detracta §. 20. Strube rechtl. Bedenken, Th. 3. Bed. 61. *Beyer* ad J. tit. de leg. Aquil §. 699. *Berger* oecon. iur. lib. 3. Tit. 8. §. 11. not. 3. *Hellfeld* Jurispr. foren. Tit. ad leg. Aquil §. 699. Häpfners Commentar über die Heinecc. Inst. §. 1049. Schmids Lehrbuch von Klagen §. 1206. Not. u. *Krauss.* Diss. de leg. Aquilia in eos etiam, qui ex contractu nobis obligantur.

des Fleißes. Gesetzt die Natur des Kontrakts bringt es mit sich, daß die Kontrahenten für ein geringes Versehen stehen müssen, so haben auch beyde Kontrahenten dadurch, wenn sie einen solchen Kontrakt unter einander eingehen, sich den Regeln des Kontrakts, und des in demselben zu leistenden Fleißes stillschweigend unterworfen, und kann also der eine Kontrahent von dem andern nicht verlangen, daß er einen grösern Grad des Fleißes anwende, als der den Gesetzen nach angewandt werden muß.

§. 3.

Uns dünkt, daß dieses völlig der Natur der Sache angemessen sey. Denn, wollte man behaupten, daß nach dem Aquilischen Gesetze auch das geringste Versehen bestraft werde, und daß, da die aus demselben entspringende Klage auch bey den Kontrakten statt finde, auch das geringste Versehen zum Grunde gelegt werden müsse; so muß man auch zugeben, daß dadurch jeder Kontrahent per indirectum zu einem grösern Grade des Fleißes verbunden werde, als er den Gesetzen nach, zu leisten schuldig ist.

§. 4.

Wozu würden uns denn die in den Gesetzen, in Absicht des bey einem Kontrakte

zu beobachtenden Fleißes vorgeschriebene Regeln nützen? warlich zu nichts. Haben nicht selbst die Gesetze dadurch, daß sie bey einem jeden Kontrakte den Grad des Fleißes und der Nachläßigkeit bestimmen, die übrigen Grade des Fleißes und Nachläßigkeit davon ausgeschlossen n)? und würde es nicht immer einen Widerspruch in sich enthalten, zu behaupten: der Kontrahent muß nur für ein geringes Versehen stehen, und dennoch ihm zur Ersetzung, eines durch das geringste Versehen zugefügten Schadens, schuldig zu erkennen, so bald nur aus dem Aquilischen Gesetze wider denselben geklagt wird?

§. 5.

Wäre es die Absicht des Gesetzgebers gewesen, jeden Kontrahenten in einem jeden Kontrakte zu dem größten Grade des Fleißes zu verbinden; so hätte er auch gewiß die aus dem Kontrakte selbst herfließende Klage darauf ausgedehnt. Da aber solches nicht geschehen ist, da überdem noch ausdrücklich in den Gesetzen gesagt wird, daß die Klage aus dem Kontrakte in Absicht des zu beobachtenden Fleißes, sich nicht weiter erstrecke, als er der Natur des Kontrakts nach, geleistet

n) §. *f. ff. de soc.* —— nam qui parum diligentem socium sibi adsumsit, de se queri, sibique hoc imputare debet.

stet werden muß; so können wir dieses auch nicht von der Aquilischen Klage behaupten, die eigentlich nur auf die Ersetzung solcher Schaden, die jemanden ausser einem Kontrakte zugefügt sind, gehet, und nur in der Folge der Zeit auch auf den in einem Kontrakte zugefügten Schaden, erstreckt worden ist.

§. 6.

Legen wir dieses, was wir bereits gesagt haben, zum Grunde, so lassen sich auch leicht die Gründe der von unserer Meynung abweichenden Rechtsgelehrten o), beantworten. Man sagt: die Aquilische Klage ist keine subsidiarische Klage, sondern kann mit Uebergehung der aus einem Kontrakte herfließenden Klage so fort angestellet werden. — Wir können das zugeben, aber daß man dadurch beweisen will, daß der Kontrahent auch deswegen durch jene Klage wegen des geringsten Versehens könne belanget werden, folgt hieraus nicht, vielmehr haben wir davon schon das Gegentheil deutlich gezeigt.

§. 7.

Eben so wenig kann auch das Argument, daß nehmlich niemand durch einen Kontrakt die Freyheit, grössere Nachläßigkeiten, als

o) *Zoesius* ad ff. tit. ad Leg. aquil. n. 9. *Cocceji* J. C. eod. tit. qu. 4.

außer einem Kontrakte, zu begehen, erhalten könne, hier etwas entscheiden. — Wir reden hier ja nur von den Schäden, die ein Kontrahent dem andern in einem Kontrakte, nicht aber von solchen, die einem außerhalb eines Kontrakts zugefügt sind. In Absicht der erstern haben die Gesetze schon genug für die Kontrahenten geforget. So wenig man also behaupten kann, daß der widerrechtlich handelt, der den Gesetzen gemäß lebt; eben so wenig kann man sagen, daß der dem Kontrakte zuwider handelt, der die durch die Gesetze bestimmte Regeln desselben erfüllt.

Ueberdem verhält es sich ganz anders mit dem Schaden, den ein Kontrahent dem andern in einem Kontrakte, und der einem von einem andern außer einem Kontrakte zugefügt wird. Ist man mit den durch die Gesetze bestimmten Regeln des Fleißes und Nachläßigkeit nicht zufrieden; will man den Kontrahenten zu einem noch größern Grade des Fleißes verbinden: so kann man mit demselben einen besondern Vertrag darüber eingehen. Hat man aber mit einem nachläßigen Menschen kontrahiret, so muß man solches seiner eignen Schuld beymessen. Dies alles fällt aber bey den Schäden, die einem außer einem Kontrakte zugefügt werden, weg. Hier stehe ich mit dem Beschädiger in keiner solchen Verbindung, und kann also auch,

wenn

wenn er mir Schaden zugefügt hätte, eher Vergütigung desselben von ihm verlangen.

§. 8.

Was endlich noch die zur Bestärkung der gegenseitigen Meynung angeführten Gesetze p) betreffen; so muß uns eine kurze Betrachtung der-

p) *L.* 3. *pr. ff. naut. caup. stabul.* Idem ait, etiam si nondum sint res in navem receptae, sed in litore perierint, *quas semel recepit*; periculum ad eum pertinere.

L. § *fin. ad leg. Aquil.* Si magister in disciplina vulneravit servum vel occiderit, an Aquilia tenetur, quasi damnum iniuria dederit? Et Julianus scribit, Aquilia tenere eum, qui eluscaverat discipulum in disciplina, multo magis igitur in occiso idem erit dicendum. Proponitur autem apud eum species talis: sutor (inquit) puero disconti, ingenuo, filio familias, parum bene facienti, quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut vulnus puero perfunderetur, dicit igitur Julianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa: *an ex locato dubitat*, quia levis duntaxat castigatio concessa est docenti, sed lege Aquilia posse agi, non dubito.

L. 45. *pr. ff. locat.* Si domum tibi loca, vero, et servi mei tibi damnum dederint, vel furtum fecerint, non teneor tibi ex conducto, sed noxali actione.

derselben lehren, daß dieselben von gegenwärtigem Falle keineswegen reden.

Denn so redet die *L.* 3. *ff. naut. caup. stab.* nur von dem Falle, wenn der Schiffsmann eine Sache recipiret, die, ehe er dieselbe aufs Schiff gebracht hat, verlohren gegangen ist. Hier war der Schiffsmann ex recepto verbunden, wo er für allen Schaden stehen muß, und der Eigenthümer der Sache klagte also wider denselben aus jenem Edikte.

Der Fall aber, der uns in der *L.* 5. §. *f. ff. ad. leg. aquil.* erzählet wird, gehöret schon mit zu den Vergehungen, die durch die überschrittenen Gränzen einer Züchtigung begangen werden. Es ist daher auch der, in diesem Gesetze erzählte, Fall nicht so beschaffen, daß hier eine Klage aus einem Kontrakte statt finden konnte, wie die Worte: an ex *locato*, dubitat anzeigen. Eben so wenig kann er auch nicht hierauf, so wie auch nicht die *L.* 45. *pr. et* §. 1. *ff. loc.*, wo gleichfalls, von einem durch die Sklaven begangnen Diebstahle und der actio noxalis die Rede ist, gezogen werden.

Acht und achtzigste Medi-
tation.

Die aus dem Edikte: nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant, entspringende actio de recepto, geht auch auf die heutigen Postmeister und Landkutscher.

§. 1.

Zur Begründung der aus dem Edikte *nautae, caupones, stabularii* u. s. w. entspringenden Klage, sind fürnehmlich diese Erfordernisse nöthig, 1) der Schiffsmann oder Wirth muß die Sachen wirklich aufgenommen, und es muß 2) an diesen Sachen ein Schade sich zugetragen haben. Uebrigens wird hier bey Anstellung der Klage auf gar kein Versehen des Schiffmanns oder Wirths Rücksicht genommen, denn dieser muß für das geringste Versehen haften q), und kann sich nicht anders von der Ersetzung des Schadens los machen, als wenn er zeigen kann, daß

der

q) L. 3. §. 1 ff. naut. caup. stabul.

der Schade blos durch einen ungefähren Zufall verursachet worden ist r).

§. 2.

Daß diese Klage wider die in jenem Edikte benannte Personen auch heut zu Tage noch statt finde, daran wird nicht gezweifelt: ob man aber auch solche auf die heutigen Postmeister und Landkutscher ausdehnen könne, wird von vielen Rechtsgelehrten s) um deswillen in Zweifel gezogen; theils weil in jenem Edikte dieser Personen gar nicht erwähnet: theils weil das Edikt selbst zum Nachtheile der Schiffsleute und Wirthe ergeben sey, und folglich nicht weiter ausgedehnt werden dürfe.

§. 3.

Der wahre Grund, weswegen die Gesetze hier jene Personen so sehr haben verbinden wollen, beruhet nicht blos in einem beson-

r) L. 3. §. 1 ff. naut. caup. stabul. ut recept. rest.

s) *Lauterbach* tr. de naut. caup. stabul. §. 33. et in colleg. th. pr. eod. tit. §. 34. *Carpzov* part. 2. const. 26. def. 19. *Pistor.* lib. 1. qu. 18. n. 11. *Barth* hod: forens. cap. 4. pag. 776. *Hert* in resp. Tom. 1. resp. 53. pag. 123.

besondern Hasse und Widerwillen gegen dieselben, sondern vielmehr, wie uns die Gesetze selbst sagen t), in der allgemeinen Wohlfarth. Denn was ist billiger, was gerechter, als von dem alle Treue zu fordern, dem man nicht blos das Seinige, sondern sich selbst anvertrauen muß. Ist dies der wahre Grund jenes Edikts, so muß auch solcher allerdings bey Postmeistern und Landkutschern eben so gut eintreten. Wir müssen diesen Personen eben so wohl, als jenen, unsere Sachen anvertrauen, und können deswegen auch von denselben eben die Sorgfalt und Treue fordern, besonders da es oft nicht in unserer Macht stehet, andere Personen zur Fortschaffung unserer Sachen zu wählen, und wir uns derselben oft ungern bedienen müssen. — Eben darum aber können wir nicht blos bey den Worten jenes Edikts stehen bleiben, sondern müssen vielmehr auf den wahren Grund desselben sehen, und so bald dieser, wie gezeigt, bey andern Personen eintritt, so bald muß auch die gesetzliche Verordnung dabey statt finden.

§. 4.

Auf diese Art thut es auch nichts zur Sache, wenn auch in jenem Edikte dieser Per-

t) L. 1. §. 1 ff. naut. caup. stab. ut. recept. rest.

Personen nicht ausdrücklich Erwähnung geschieht. Genug, wenn nur ein und eben der Grund da ist, so ist auch der in den Gesetzen u) gegründete Schluß, *ubi est eadem legis ratio, ibi et eadem legis dispositio*, völlig richtig. Zudem können wir in gegenwärtiger Materie sicher diese Ausdehnung machen, da wir selbst Beyspiele anführen können, in welchen die römischen Rechtsgelehrten dieses Edikt auf ähnliche Fälle gezogen haben. So wird nehmlich in diesem Edikte mit keinem Worte der Kahnführer gedacht, und dennoch behauptet der Jurist Ulpian und Labeo v), daß auf solche das Edikt gleichfalls gehe. Ein Beweis, daß man hier nicht blos bey den Worten des Edikts stehen bleiben müsse.

§. 5.

Die aus jenem Edikte entspringende Klage geht gegen denjenigen Postmeister, dem die Sache unmittelbar zur Bestellung übergeben ist. Dieser bleibt immer verbunden, wenn er auch beweisen kann, daß er die,

u) L. 13 ff. de leg.

v) *L.* 1. §. 4 *ff naut. caup. stab.* etc. de exercitoribus ratium, item lynnariis nihil cavetur, sed idem constitui oportere, Labeo scribit, et hoc iure utimur.

die, der Post anvertraute Sache abgeschickt, und solche unter Wegens, ehe sie an den Ort ihrer Bestimmung gekommen, verlohren gegangen ist. Der Postmeister selbst aber kann seinen Regreß an die Postmeister der folgenden Stationen, oder an das Oberpostamt nehmen. Doch kann hier überhaupt nur der Ersatz der Sache selbst, nicht aber das Interesse gefordert werden.

§. 6.

Dies wird genug zum Beweise unserer Meynung seyn, welcher selbst noch die angesehnsten Rechtsgelehrten r) beypflichten. Ue-

ber

r) *Vulteji* cons. et resp. Tom. 2. cons. 20. n. 36. *Richter* part. 3. dec. 141. n. 16. *Stryk* de act. for. in vestig. Sect. 1. membr. 9. §. 35. *Boehmer* de act. Sect. 2. cap. 7. §. 33. *Berger* oecon. iur. Lib. 3. tit. 6. §. 8. not. 3. *Friedr. Christ. Harpprecht* Diss. actio utilis de recepto, utrum contra rhedarum meritoriarum exercitores, postarum magistros et quoscunque aurigas locum inveniat. *Tentzel* Diss. Magistros postarum teneri ex actione de receqto. *Wernher* part. 2. obs. 463. *Leyser* sp. 66. med. 3. *Christ. Ferdin. Harpprecht* de officio magistri postarum in specie quoad restitutionem pecuniae aliusque rei ipsi concreditae sed amissae. Pütter auserlesene Rechtsfälle Th. 4. Nr. 142. Schmids Lehrbuch von

gerichtl.

berhaupt aber müssen wir nur noch erinnern, daß wir unter jenem Edikte nicht die Fuhrleute begreifen, die jemand zur Fortbringung seiner Sachen bedungen hat. Mit solchen steht man in einem Miethkontrakte, und nach den Regeln dieses Kontrakts muß, falls ein Schade an den Sachen sich sollte zugetragen haben, ausgemacht werden, ob und in wie weit solchen der Fuhrmann stehen müsse.

Neun und achtzigste Meditation.

Das iuramentum in litem affectionis kann auch gegen den Verkäufer abgestattet werden, wenn derselbe dem Käufer die verkaufte Sache nicht prästiren kann.

§. 1.

Das iuramentum in litem wird bekanntlich in das iuramentum in litem veritatis und

gerichtl. Klagen §. 759. *Ulrich* de indole actionis de recepto eiusdemque usu hodierno forensi 1787.

und affectionis eingetheilet. Ueberhaupt aber verstehet man unter dem iuramentum in litem denjenigen Eid, den der gewinnende Theil gegen den verliereuden alsdenn abstattet, wenn dieser das objectum litis, welches er, vermöge des rechtskräftigen Urtheils, seinem Gegner liefern soll, entweder wegen Bosheit, Versehen, oder Verzug, entweder gar nicht, oder nicht in dem Zustande, als er solches empfangen hat, abliefern kann, oder nicht will, damit er den Werth desselben darnach ersetze, oder das Interesse vergüte.

§. 2.

Durch diesen Eid wird nun entweder der wahre und gemeine Werth einer Sache, und das wahre Interesse bestimmt, und denn heißt er das *iuramentum in litem veritatis*: oder es wird dadurch der besondere Werth, welchen der Obsiegende auf die Sache legt, bestimmet: und denn ist es das *juramentum in litem affectionis*.

Beyde Arten sind, wie schon aus der Erklärung derselben erhellet, von einander völlig verschieden. Das iuramentum in litem veritatis hat alsdenn Statt, wenn entweder wegen Bosheit, Nachläßigkeit, oder wegen Verzugs und Ungehorsams, die Sache nicht geliefert werden kann v). — Bey Schätzung des

v) L. 2. §. 1. L. 5. §. 4 ff. de in litem iur.

des Werths der Sache selbst siehet man auf den ordentlichen Werth, und so lange dieser entweder durch Zeugen oder Dokumente erwiesen werden kann, findet der Eid nicht Statt i).

§ 3.

Das iuramentum in litem affectionis aber findet alsdenn nur Statt, wenn jemand ein besonderes Interesse auf die Sache hat, und setzet zum voraus, 1) daß die Sache selbst so beschaffen sey, daß man ein besonderes Interesse auf dieselbe haben a); auch 2) entweder aus Bosheit oder wegen der grösten Nachläßigkeit b), die Sache nicht geliefert werden könne c); und 3) der Richter diesen Eid dem Obsiegenden auflege d).

§. 4.

Ueberhaupt aber giebt uns die *L.* 68. *ff. de rei vindic.* die allgemeine Regel an die Hand, nach welcher wir beurtheilen können, wann das iuramentum in litem statt finde.

Ehe

i) L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. L. 8 ff. eod. tit.

a) L. 3 ff. eod. tit.

b) L. 68 ff. de rei vind. L. 2. C. de in litem iur.

c) L. 68 ff. de rei vind.

d) L. 4. §. 1 ff. de in lit. iur.

Ehe wir aber dies als einen Beweis, der von uns angenommenen Meynung anführen, wollen wir, um alle Undeutlichkeit zu vermeiden, hier folgenden Fall festsetzen.

Gesetzt es kauft jemand ein Madaillen-Kabinet oder verschiedene kostbare Pretiosen. Der Verkäufer hat aber, wie er solche abliefern soll, sie einem andern verkauft: kann hier nun der Käufer das iuramentum in litem affectionis gegen den Verkäufer abstatten? Wir zweifeln nicht, dieses bejahen zu dürfen e), wenn gleich viele Rechtsgelehrte f) solches leugnen wollen.

§. 5.

e) *Carpzov* p. 1. const. 23. def. 19. n. 11. in resp. lib. 6. resp. 68. n. 10. *Martini* comt. ad ord. proc. Tit 31. §. 2. n. 67 seq. *Boehmer* intr. in ius dig. tit. de in lit. iur. §. 5. *Leyser* sp. 146 cor. 2. *Thomasius* de pretio affectionis in res fung. non cadente. *Wernher* Tom 1. pat. 4. obs. 123 et 151. n. 303. *Reinharth* ad Christ. decis Art. 1. obs. 59. n. 21.

f) *Duarenus* ad L. 6 ff. de in lit. iur. *Struv* ex 17. §. 64. *Setser* de iuram lib. 5: cap. 5. n. 42. *Franzkius* ad ff. tit. de in litem iur. n. 13. *Zoesius* ad ff. eod. tit. n. 2. *Cocceji* ius cont. eod. tit. qu. 4. et in Cons. et resp. Tom. 2. cons. 14. *Eisenhart* de iusteiurando in litem affectionis in emtione venditione cessante in opusculi iurid. n. 5.

Daß

Zum Hauptentscheidungsgrunde, des von uns erzählten Falles, legen wir die *L.* 68. *ff. de rei vind.* Es wird nicht ohne Nutzen seyn, dies Gesetz hier wörtlich einzurücken: *Qui restituere iussus, iudici non paret, contendens non posse restituere; si quidem habeat rem, manu militari, officio iudicis, ab eo possessio transfertur, etfructuum dantaxat, omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit, quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla ratione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit quo minus possit, non pluris, quam quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet.*

§. 6.

Wie sehr dies Gesetz unsre Meynung unterstütze, ist augenscheinlich. Der Jurist Ulpian, als Verfasser dieses Gesetzes giebt die

Das heut zu Tage das iuramentum in litem affectionis hier nicht mehr statt habe, behaupten: Teuffenar in der Theorie der Beweise. S. 102. Claproths bürgerliche Processe §. 443, 444. *Malblanc* doctrina de iureiurendo Lib. 3. § 73. pag. 291.

die allgemeine Regel, daß das *iuramentum in litem affectionis* in allen den Sachen, wo auf die Restitution derselben geklagt werde, statt finden solle; es möchte nun entweder aus einem Interdikte geklagt, oder eine dingliche oder persönliche Klage angestellet seyn. — Den Einwurf, den man uns hier wegen des Worts *restituere* macht, übergehen wir; wir werden in der Folge solchen bey Anführung der gegenseitigen Gründe widerlegen. — Vorerst ist es genug nur hier zu bemerken, daß, da in dem von uns angeführten Falle, der Verkäufer, der Natur des Kaufkontrakts gemäß, zur Restitution, — wir bedienen uns mit Fleiß dieses Ausdrucks, — der verkauften Medaillen oder Pretiosen verbunden war, derselbe auch dem Käufer, da er die Sache selbst ihm nicht geben kann, das pretium affectionis, so hoch er solches, vermittelst Eides, erhärten wird, zu erstatten schuldig sey. — Die Anwendung des Gesetzes auf vorliegenden Fall ist leicht: wenn wir nur die von uns im Anfange angeführte, und zum iuramento in litem affectionis erforderlichen Stücke, zum Grunde legen. Wir werden alsdenn gewiß keinen einzigen Grund finden, warum wir von diesen allgemeinen Grundsätzen abweichen sollten.

§. 7.

Aber wir dürfen hier auch nicht aus der Acht lassen, wenn noch ausdrücklich in den Gesetzen gesagt wird, daß das iuramentum in litem affectionis in allen bonae fidei iudiciis statt finde g). In dem angeführten Gesetze werden die actiones reales und ad exhibendum, den actionibus bonae fidei in diesem Stücke gleich geachtet; so wie also zu Folge dieses Gesetzes jener Eid bey erstern Klagen zulässig ist, eben so muß er denn auch bey letztern zulässig seyn. Daß nun die aus einem Kauf und Verkauf entspringende Klagen zu den actionibus bonae fidei gehören, braucht wohl keines Erweises, weil die Gesetze h) solche mit darunter rechnen, und hier könnten wir also schon einen ganz richtigen Schluß auf unsern Fall machen; wenn nicht noch selbst die Gesetze sagten, daß, im Fall der Verkäufer die verkaufte Sache nicht abliefern könne, er das Interesse prästiren müsse i).

§. 4.

g) *L. 5. pr. ff. de in litem iur.* In actionibus in rem, et in ad exhibendum, et in bonae fidei iudiciis in litem iuratnr.

h) §. 28. J. de act.

i) *L. 1 ff. pr. ff. de act. emt. vend.* Si res vendita non tradatur, in id, quod interest agitur,

§. 8.

Wir tragen Bedenken, bey einer so klaren Entscheidung der Gesetze, unsere Meynung noch weitläuftiger auszuführen, besonders da wir durch Anführung und Widerlegung der gegenseitigen Gründe, uns nicht nur von der Schwäche derselben, sondern auch noch mehr von der Gewißheit unserer Meynung werden überzeugen können.

Der Hauptgrund der gegenseitigen Meynung liegt in der *L. 4. C. de act. emt. vend.* Dieses Gesetz enthält folgendes: *Si traditio rei venditae iuxta emtionis contractum, procacia venditoris non fiat, quanti intereſſe compleri emtionem arbitratus fuerit praeſes provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.* Weil dieses Gesetz blos von dem Intereſſe redet, welches der Verkäufer, falls er die Sache nicht abliefern kann, präſtiren muß, so glaubt man, daß dadurch das pretium affectionis ausgeschlossen sey.

§. 9.

Allein nicht zu gedenken, daß aus dem Gesetze nicht ersichtlich ist, ob die verkaufte

agitur, hoc est, quod rem habere interest emtoris, hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris intereſt, quam res valet, vel emta est.

Sache noch wirklich existiret habe oder nicht, in welchem erstern Falle der Käufer, falls der Verkäufer die Sache abzuliefern sich weiger sollte, das Interesse fordern kann; so ist selbst dadurch, daß dieses Gesetz blos von dem Interesse redet, das pretium affectionis nicht ausgeschlossen. Das Wort Interesse, ist allgemein, so, daß solches nicht das bloße Interesse, sondern das pretium affectionis mit in sich begreift, wie wir aus andern Stellen der Gesetze [f]) erweisen können. Ist aber dies, so kann man auch nicht behaupten, daß in jenem Gesetze bey dem Kauf und Verkauf, iuramentum in litem affectionis ausgeschlossen sey.

§. 10.

Wir haben schon oben im sechsten §. gesagt, daß die Gegenseite, aus der von uns angeführten *L. 68. ff. de rei vind.* einen Beweis aus dem darin enthaltenen Worte: *restituere* hernehme. Sie schließen nehmlich so: wenn das iuramentum in litem affectionis nur dann statt findet, wenn auf die Restitution einer Sache geklagt wird; so folgt auch, daß dieser Eid alsdenn, wenn aus einem Kauf und Verkauf geklagt wird, nicht statt finden könne, weil darin nicht auf die Resti-

f) L. 18 ff. de dol. mal. L. 9 ff. de in litem iur.

Restitution der Sache, sondern nur darauf geklagt wird, daß der Verkäufer dem Kontrakte gemäß, die verkaufte Sache herausgebe. Dieses Argument unterstützen sie noch dadurch, wenn sie hinzusetzen, daß theils in keinem einzigen Gesetze gesagt werde, daß man bey einem Kauf das pretium affectionis fordern könne: theils auch die aus dem Kauf entspringende Klage, ihrer Natur nach, mit auf das wahre Interesse gehe.

§. 11.

So anscheinend diese Einwürfe gleich sind, so wenig bedeuten doch solche in der That. Es ist zwar wahr, daß die *L.* 68. *ff. de rei vind.* von der Restitution einer Sache rede; allein das Wort restitutio kann nicht so einschränkend erkläret werden, daß dadurch die traditio ausgeschlossen werden sollte; vielmehr erstreckt sich die Bedeutung des Ausdrucks *rem restituere* so weit l), daß wir denselben auch auf den Kaufkontrakt ausdehnen können; ja so wird dieses Wort selbst in

l) *L.* 22. *de verb. sig.* Plus est in restitutione quam exhibitione, nam exhibere est, praesentiam corporis praebere, restituere est, etiam possessorem facere, fructusque reddere, pleraque praeterea restitutionis verbo continentur.

in den Gesetzen m) bey dem Kaufkontrakte gebraucht. Und daß in diesem Falle auch dieses Wort hierauf mit gezogen werden müsse, können wir um destomehr behaupten, da, wie wir gezeigt haben, überhaupt das iuramentum in litem affectionis bey den actionibus bonae fidei statt findet. Es kann daher auch unserer Meynung nichts schaden, wenn wir gleich kein Gesetz anführen können, worin sie wörtlich enthalten ist; können es doch die Gegner von ihrer Meynuug auch nicht. Muß man denn immer nach den dürren Worten der Gesetze sprechen? Und ist es möglich, daß alle Fälle in den Gesetzen ausdrücklich entschieden seyn können?

Was bleibt uns aber da für ein anderes Hülfsmittel übrig, als solche Fälle nach der Analogie der Gesetze zu entscheiden n). Und weswegen sollen wir hier eine Ausnahme machen, da wir doch die allgemeine Regel vor uns haben.

Zwar

m) So wird z. B. in der *L.* 12. *C. de act. emt. vend.* gesagt, daß der Verkäufer dem Käufer den verkauften Wein restituiren müsse: und eben so kömmt dieses Wort in der *L.* 13. §. 18 *ff. de act. emt. vend.*, und in noch mehrern Stellen vor. *L.* 6. *C. unde vi L.* 14. §. *ult. ff. de serv. cor.*

n) L. 12 ff. de leg.

Zwar glauben die Gegner, daß hier nach der Regel, nach welcher, die aus dem Kauf entspringende Klage in subsidium aufs Interesse geht, das pretium affectionis ausgeschlossen sey. Aber diese Regel kann doch die Ausnahme nicht aufheben; denn so lange nicht alle Stücke da sind, die zu jenem Eide erfordert werden, so lange findet der Eid auch nicht statt.

§. 12.

Endlich wirft man uns noch ein, daß dieser Eid hier deswegen nicht eintreten könne, weil bey einem Kauf und Verkauf die Sache schon auf einen gewissen Werth gesetzet sey, daher denn selbige auch nicht weiter geschätzt werden könne.

Welcher Werth aber wird bey einem Kauf festgesetzt? kein andrer als der wahre Werth. Hier aber sieht man nicht auf den wahren Werth, sondern auf die besondere Zuneigung, die jemand auf eine Sache hat. Diese wird vermittelst Eides beschworen, und also kann nie der wahre Werth einer Sache das pretium affectionis aufheben.

Neunzigste Meditation.

Ein Pfandinhaber darf immer von seinen antichretisch unterhabenden Ländereien etwas mehr an Früchten genießen, als die gewöhnlichen Zinsen sonst betragen, ohne daß er nöthig hätte, den Ueberschuß, wenn er nur nicht zu groß ist, am Kapitale abzurechnen.

§. 1.

Die Meynungen der Rechtsgelehrten sind darüber sehr verschieden: in wie weit es einem Pfandinhaber erlaubt sey, von seinen antichretisch unterhabenden Ländereyen mehr Früchte zu ziehen, als die gewöhnlichen Zinsen betragen: Ob er den Ueberschuß am Kapitale abrechnen müsse, oder ob er ihn statt der Zinsen nehmen dürfe? Verschiedene Rechtsgelehrte o) glauben, daß es hier darauf ankomme, ob entweder ein ausdrücklicher

o) *Lauterbach* de iure antichr. §. 19. *Wesenbec* in Conf. conf. 331. nr. 161. *Mevius* disc. levum. inop. debit cap. 4. §. 11. nr. 23. *Richter* vol. 1. conf. 107. *Stryk* U. M. Tit. de pign. vet. §. 5.

licher oder stillschweigender antichretischer Vertrag eingegangen sey, nemlich ob in dem Vertrage, in Ansehung der Früchte und Zinsen etwas gewisses bestimmt sey, oder nicht, und wollen nur in dem letzten, nicht aber in dem ersten Falle, den Pfandgläubiger zur Ablegung der Rechnung verpflichtet wissen. Andre p) machen den Unterschied, ob man auf eine gewisse Quantität und den Ertrag der Früchte sichere Rechnung machen könne oder nicht, und lassen im erstern, nicht aber im letztern Falle, wenn nur der Ueberschuß nicht gar zu groß ist, die Liquidation zu. — Nach anderer q) Meynung soll man hier auf die Früchte selbst sehen, nehmlich ob es solche Früchte sind, die die Natur selbst hervorbringe (naturales), oder die durch Fleiß und Kunst hervorgebracht werden (industriales). Andre r) halten dafür, daß dem

p) *Donellus* ad L. 17. C. de usur. *Tabor* de altero tanto. *Berlich* part. 2. dec. 170. nr. 24. *Carpzov* part. 2. const. 30. def. 40. *Cocceji* J. C. Tit. de pign. act. qu. 5. *Hellfeld* Jurisp for. Tit. de pign. act. §. 870. *Kemerich* de creditore antichretico rationes non reddente.

q) *Moellenbeck* div. iur. cent. 2. div. 28. nr. 7. *Carpzov* prax. crim. part. 2. qu. 91, nr. 73.

r) *Mevius* discuss. levam. inop. debit. cap. 4. nr. 22.

dem Pfandgläubiger nur dann die Ablegung der Rechnung obliege, wenn der Unterschied groß, nicht aber wenn er mittelmäßig sey. Welcher Ueberschuß aber für groß, welcher für mittelmäßig zu achten sey, ist eben so unausgemacht, als was zu den gewissen und ungewissen Früchten gerechnet werden müsse [s]). Endlich andre achten [t]) den Pfandgläubiger zur Ablegung der Rechnung immer verpflichtet. Diese letztre Meynung gründet sich hauptsächlich in den Verordnungen der Reichsgesetze [u]), nach welchem dem Gläuber nicht mehr als 5 Procent zu nehmen erlaubt ist.

§. 2.

Die Ausführung der Gründe, die man für diese verschiedenen Meynungen gebraucht, wollen

s) *Popp* de distinctione inter fructus certos et incertos in pacto antichretico.

t) *Nood* de foen. et usur lib. 2. cap. 9. *Leyser* sp. 157. med. 1. *Pufendorf* Tom. 2. obs. 76. Tom. 3. obs. 57. Strube rechtl. Bedenk. Th. 2. Bed. 69. *Eisenhart* rationem computationis fructuum ex pacto antichr. perceptorum in foro receptam, nec iuri nec aequitati convenire. In opusc. iur. nr. 15. *Menke* nullum excessum usurarum in pacto antichretico esse tollendum.

u) Die Reichsgesetze sind in der Note v angeführt.

wollen wir hier übergehen, und dagegen einen Fall einrücken, worin diese Streitfrage zur Untersuchung kam. — Ein Kaufmann hatte von einem andern Bürger 600 Thaler geliehen, und ihm dagegen ein Stück Ackerland von ungefähr 13 Scheffel Saat, und eine Wiese untergegeben, die er statt der Zinsen benutzen sollte. Der Pfandinhaber hatte dieses Land und Wiese schon 14 Jahre ruhig besessen, und die Früchte davon gehoben, als es endlich mit dem Kaufmanne zum Konkurse kam. Dessen Kurator fiel es nunmehr ein, von dem Pfandinhaber wegen der seit 14 Jahren gehobenen Früchte Rechnung zu verlangen, weil er vermuthete, daß die gehobenen Früchte sich weit über die gewöhnlichen Zinsen belaufen müßten. Wie er aber dieses nicht erlangen konnte; übergab er eine Berechnung, woraus er zeigen wollte, daß der Pfandinhaber jährlich weit mehr, als die gewöhnlichen Zinsen, von seinem Kapitale gehoben habe. Er schlug zu dem Ende das Land und die Wiese nach der Miethe, die es hätte thun können, an, und hier kam jährlich eine Summe von 43 Rthlr. heraus.

Nach dieser Rechnung hätte also der Pfandinhaber, wenn man die Zinsen von 600 Rthlr. zu 30 Rthlr. rechnet, jährlich 13 Rthlr. zu viel, folglich in den 14 Jahren, da er die Ländereyen untergehabt, 182 Rthlr.

mehr gehoben, als die Zinsen betragen. Diese Summe, glaubte er, müßte jetzt an dem Kapitale abgekürzet werden, theils weil die Gesetze v) einen Pfandinhaber ausdrücklich anhielten, die gehobenen Früchte, so weit sie die gewöhnlichen Zinsen überstiegen, am Kapitale abzurechnen; theils weil besonders unsere Reichsgesetze x) allen Wucher verboten, und einmal ein gewisses Zinsmaaß bestimmt hätten, worüber man nicht gehen dürfe. Dieser mit dem gemeinschaftlichen Schuldner eingegangene antichretische Vertrag, gehöre aber mit zu den unerlaubten wucherlichen Kontrakten, der folglich auch so weit müßte kaßirt werden; da sonst, wenn dergleichen verstattet, es leicht seyn würde, wider die Verordnungen der Gesetze y), mehr Zinsen, wie sonst erlaubt sey, zu nehmen. Hiernach beurtheilt, sey der Pfandinhaber also schuldig, sich die 182 Rthlr. an seinem Kapitale von 600 Rthlr. kürzen zu lassen.

§. 1.

v) L. 1. C. de pign. act. L. 1. C. de distr. pign. L. 2. C. de pign.

x) Von den Jahren 1530. Tit. 26. Von 1548 und 1577. Tit. 17. Von 1600. §. 139. Von 1654. §. 174.

y) L. 16. C. de usur.

§. 3.

Aus verschiedenen Gründen konnte aber dem Suchen des Curators nicht gewillfahret werden. Es hatte nicht nur der Pfandinhaber das Land und besonders die Wiese in einem sehr schlechten Zustande angetreten, so daß er erweisen konnte, wie vorher beydes zusammen, höchstens 30 Rthlr. Miethe hätte thun können; sondern er hatte blos durch seinen Fleiß und gute Cultur es so weit gebracht, daß in den letzten Jahren das Land ungefähr 18 Rthlr. und die Wiese 20 bis 22 Rthlr. Miethe thun konnte. Seiner guten Wirthschaft war daher blos dieser Vortheil zuzuschreiben, daß er statt in den ersten Jahren fünf, in den letztern Jahren noch über sechs Procent von seinem ausgeliehenen Kapitale, nach Anschlag der Miethe gerechnet, einnehmen konnte.

§. 4.

Auf diese Weise konnte der Pfandinhaber auch nicht angehalten werden, sich dasjenige, was er nach Anschlag der Miethe über die gewöhnlichen Zinsen gehoben, am Kapitale abrechnen zu lassen; denn er hatte, wie wir oben schon gesagt, diesen Vortheil eigentlich seinem Fleiße zu danken, und nicht nur zur Verbesserung des Landes und besonders der Wiese, so viel angewandt, daß er

nicht

nicht einmal die ersten Jahre, wenn er alles genau anschlug, über vier Procente von seinem Kapitale gehabt, sondern man konnte ihn auch nicht überführen, daß er nachher, ein Jahr ins andere gerechnet, viel über 6 Procente gewonnen hatte. Zudem sieht man bey Bestimmung eines solchen Ueberschusses, oder der Berechnung, in wie weit einer mehr gehoben hat, als er hätte heben sollen, fürnehmlich auf die Zeit des Kontrakts, wie viel er da an Früchten genossen, und künftig genießen können; nicht darauf, was einer sich durch Fleiß und gute Wirthschaft erworben hat z), und achtet auch überhaupt bey einem solchen antichretischen Vertrage auf einen mäßigen Vortheil nicht, wenn er nur in keinen Zinswucher ausartet, wie die Rechtsgelehrten fast einstimmig behaupten. Man muß diesen einem Pfandinhaber auch desto eher gönnen, da sich überhaupt bey Früchten, die man von Ländereyen zieht, kein gewisser Werth bestimmen läßt, und bey solchen Sachen also ein gemachter Vortheil nicht darf gerechnet werden a), besonders weil ein solcher Pfandinhaber auch dagegen durch Mißwachs und schlechte Erndte oft großen Schaden leiden kann, den er doch eben

z) *Pufendorf* l. c. §. 8. *Strube* l. c. §. 3.

a) L. 17 et 23. C. de usur.

eben so wenig ersetzt erhält, sondern selbst davor stehen muß [b]). Hier muß daher Schaden und ein mäßiger Vortheil gegen einander compensiret werden.

Ein und neunzigste Meditation.

Das Wiedereinlösungsrecht eines Pfandes, und die daher entspringende actio pignoratitia, kann nicht eher verjähret werden, bis der Schuldner seine Schuld entrichtet hat.

§. 1.

Die Frage: von welcher Zeit die Verjährung der actio pignoratitia angerechnet werde: ob von der Zeit des Kontrakts, oder von der Zeit, da die Schuld bezahlt ist? ist von den größten Rechtsgelehrten sehr verschieden beantwortet und entschieden worden.

Wir

b) *Mevius* Discus. levam. inop. deb. Cap. 4. Sect. 11. n. 40. *Carpzov* Pr. res crim. P. 2. qu. 92. n. 73. *Lauterbach* diss. al. th. §3.

Wir wollen die Gründe anführen, nach welchen wir glauben, und wie wir hoffen, auch mit Grunde behaupten können; daß das Wiedereinlösungsrecht eines Pfandes, und die actio pignoratitia nie könne verjähret werden, so lange der Gläubiger das Pfand, als ein Pfand zur Sicherheit seiner Forderung besitzet, und so lange die Schuld an ihm noch nicht abgetragen ist c).

§. 2.

Wenn jemand zur Sicherheit seiner Schuld seinem Gläubiger ein Unterpfand giebet, um sich daran im Mißzahlungsfalle erho-

c) *Mynsinger* Lib. 1. obs. 16. *Müller ad Struv* ex 41. th. 22. *Gail* Lib. 2. obs. 18. *Schilter* ex 26. §. 13. 14. *Carpzov* P. 2. const. 1. def. 3. *Berlich* P. 2. concl. 2. n. 12. *Mevius* ad ius Lub. Lib. 3. tit. 4. art. 4. n. 3. *Potgiesser* de pignore eiusq. natura §. ult. *Stryk* Us. mod. Tit. de pign. act. §. 12. *Pufendorf* Tom. 2. obs. 92. *Schmid* de praescriptione actionis pignor. directae. *Zanger* de except. part. 3. cap. 10. nr. 190. *Menken* gymnast. polem disp. 5. §. 19. *Wernher* Tom. 1. part. 2. obs. 367. Cramer Wezlarische Nebenstunden, Th. 3. S. 321. Th. 112. S. 481. Dabelow System der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, Th. 2. §. 2422. S. 563. Pütters auserlesene Rechtsfälle. Th. 1. Resp. 53. nr. 45. Köchy Meditat. 1. B. nr. 18.

erholen zu können: so erlanget dieser davon freylich wohl den Besitz: allein er besitzet es doch nicht als seine, sondern als seines Schuldners Sache, und kann sie daher auch nicht, wie die Gesetze deutlich sagen [d]), durch seinen Besitz verjähren, und sich eigen machen. Und eben so wenig kann er auch den Erwerbungsgrund seines Besitzes, sich selbst verändern [e]), sondern dieser bleibt der nehmliche, er mag auch das Pfand noch so lange Jahre, als er will, in Besitz gehabt haben. Er besitzet es beständig als Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung, so lange diese nicht abgetragen ist; und daher ist der Erwerbungsgrund seines Besitzes immer von der Beschaffenheit, daß er daraus kein Recht zur Verjährung hernehmen kann.

§. 3.

Die Gegenseite giebt zwar zu, daß der Gläubiger den Erwerbungsgrund seines Besitzes selbst nicht verändern könne: allein sie glau-

d) *L.* 13 *ff. de usucap. et usurp.* Pignori rem acceptam, usu non capimus, quia pro alieno possidemus.

e) *L.* 33. §. 1 *ff. de usucap. et usurp.* Quod vulgo respondetur, *ipsum sibi causam possessionis mutare non posse*; toties verum est, quoties quis sciret, se bona fide non possidere.

glauben, daß dieses vermöge der Gesetze geschehe, welche die Verjährung erlauben. Woher will man aber dieses erweisen? wenigstens ist von der Gegenseite dieses noch nicht hinlänglich dargethan. Es ist ja noch nicht ausgemacht, ob die Gesetze hier eine Verjährung verstatten, und daher ist die gegenseits gemachte Widerlegung des angeführten diesseitigen Grundes von keiner Wichtigkeit und Stärke.

§. 4.

Ferner hat der Schuldner auch gar keine Macht und Befugniß, ehe sein Pfand einzulösen, oder jene Klage anzustellen, bis er seine Schuld abgetragen hat f). So lange aber noch keine Klage da ist, so lange sie nicht kann angestellt werden; so lange kann sie auch nach der bekannten Regel: non valenti agere non currit praescriptio, nicht einer Verjährung unterworfen seyn g). — Man erinnert hierwider, daß die actio pignoratitia so bald da sey, als das Pfand dem Gläubiger übergeben werde, folglich jenes Argument falsch sey.

Allein

f) *L.* 9. §. 3 *ff. de pign. act.* Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio.

g) L. 7. §. 4. C. de praescr. 30. vel 40. ann. L. 1. §. ult. C. de ann. except.

Allein wer sollte wohl nicht gleich die Schwäche dieser Widerlegung einsehen? Kann man wohl mit Recht und Grunde annehmen, daß eine Klage wirklich da sey, so lange noch die Haupterfordernisse dazu fehlen? Diese fehlen hier doch offenbar. Denn so lange der Schuldner seine Schuld noch nicht entrichtet hat, so lange kann er auf die Wiedereinlösung seines Pfandes noch nicht denken, folglich jene Klage auch nicht anstellen. — Und so wendet man auch mit Unrecht hier ein, daß es eine Nachläßigkeit des Schuldners sey, wenn er nicht eher seine Schuld entrichte, damit er jene Klage wirklich anstellen könne, da doch in seinem Willen jenes allein beruhe. Er müsse es sich daher auch, glaubt man, selbst zurechnen, wenn er wegen seiner Nachläßigkeit des Einlösungsrechts seines Pfandes verlustig werde.

§. 5.

Ist das eine Nachläßigkeit, wozu einen keine Rechte, kein Vertrag, überhaupt wozu einen nichts verbindet, wie hier doch ist, so lange der Gläubiger auf die Bezahlung nicht dringet, so ist es leicht, alles zur Nachläßigkeit zu rechnen. So ist es auch, eine Nachläßigkeit, wenn ich einem ein Gut verpachte, und solches in der Zeit, worin sonst gewöhnlich eine Verjährung Statt hat, nicht selbst wieder in Besitz nehme. So

kann in einer Zeit von 30 Jahren ein Pächter seine gepachteten Güter durch die Verjährung erwerben, wenn er sie so lange im Besitz gehabt hat, u. d. gl. Was würde daraus nicht folgen, wenn eine solche Lehre statt fände? Wer wäre sicher, daß man nicht mit der Zeit aller seiner Güter verlustig würde?

§. 6.

Da es endlich nun auch in dem Willen des Schuldners beruht, wann er sein Pfand einlösen will — wir setzen hier zum voraus, daß im Kontrakte nicht ein anders ausgemacht ist, oder von dem Gläubiger nicht auf die Bezahlung der Schuld gedrungen werde — so kann dieses Wiedereinlösungsrecht auch gar nicht verjähret werden, weil solche Sachen, deren Ausübung in unserer Willkühr beruhen, keiner Verjährung unterworfen sind, wenn wir uns auch gleich unsers Rechts nicht bedienen. Dies trift hier auch offenbar ein; denn so lange beyde Kontrahenten über jenen Punkt einig sind, so lange von Seiten des Gläubigers keine Bezahlung verlangt wird, so hängt es auch so lange immer von des Schuldners Willkühr ab, wann er seine Schuld abtragen, und das Pfand einlösen will. Dieses Recht bleibt ihm daher auch immer noch nach 30 Jahren offen.

§. 7.

§. 7.

Wenn wir hier nun noch zuletzt anführen, daß einem Gläubiger, der ein Pfand zur Sicherheit seiner Forderung in Händen hat, alle Haupterfordernisse einer Verjährung, ein rechtmäßiger Erwerbungsgrund, und eine bona fides fehlen, die doch nothwendig nach der Verordnung des geistlichen Rechts auch bey dieser Verjährung erfordert werden h); so fehlt es auch gewiß an keinem hinreichenden Grunde, daß wir nicht die dießseitige Meynung der gegenseitigen immer weit eher vorziehen sollten.

Wir könnten unsere Behauptung des angenommenen Satzes noch leicht durch mehrere Gründe unterstützen: allein wir halten dieses für überflüssig, und wollen dagegen lieber die gegenseitigen hier noch anführen, und sie etwas näher prüfen. Alsdenn wird es sich leicht zeigen, welcher Meynung man den Vorzug unter beyden geben müsse.

§. 8.

Die Gegenseite i) gründet sich hauptsächlich mit auf den allgemeinen Satz: daß jede

h) S. die 13te Meditation des ersten Bandes.

i) *Vinnius* sel. iur. qu. Lib. 2. cap. 6. *Henr. de Cocceii* de iure offerendi §. 18. et in Disp. de rebus merae facultatis §. 9 seqq.

We-

jede persönliche Klage in 30 Jahren verjähret werde [k]). Da nun bey der actio pignoratitia keine Ausnahme gemacht, so müsse folglich auch diese Klage, die eben so wohl zu den persönlichen gehöre, demselben Recht unterworfen seyn. — Wir geben es zu, daß der Regel nach, die persönlichen Klagen in 30 Jahren verjährt werden; wir glauben aber auch, daß dieses unserer Meynung gar nicht im Wege stehe. Denn hier ist die Frage, wann entsteht die actio pignoratitia? von Zeit des Kontrakts, oder von der Zeit, da die Schuld bezahlt ist? Letzteres haben wir im vorhergehenden schon zu erweisen gesucht, und von dieser Zeit also können erst die 30 Jahre

Westenberg ad ff. tit. de pign. act. §. 36. *Pistor* Obs. 88. *Cocceii* Jus contr. tit. de pign. act. qu. 19. *Sturm* de praescriptione reluitionis pignorum. *Corn* de pignor. actione directa eiusque praescriptioue. *Leyser* sp. 462. med. 15 seqq. *Brunnemann* ad L. 9 ff de pign. act. *ab Echt* de iust. praescr. circa bona sub pacto retrovendendo alienata. *Bauer* Diss. de iure reluendi pign. an tempore longissimo praescribatur? 1762. *Corn* Diss. de pignoratitia directa eiusque praescriptione 1784. Westphal Erläuterung der sämmtlichen Gesetze vom Pfandrechte. §. 259.

k) L. 3. 4. 7. §. 4. C. de praescr. 30. vel 40. ann.

Jahre angerechnet werden. Es kann daher immer richtig seyn, eine persönliche Klage dauert 30 Jahre, und dabey unsere Meynung bestehn; wir müssen aber nur vorher erst die Zeit festsetzen, wann eine Klage angestellt werden kann.

§. 9.

So wenig wie jener Grund, ist auch der von Wichtigkeit; wenn man behauptet: die Wiedereinlösung eines Pfandes sey der Verjährung unterworfen, weil es aus dem Kontrakte herrühre. — Es ist falsch, daß die Wiedereinlösung eines Pfandes aus dem Kontrakte herrühre, sondern diese liegt, falls nicht ein anders ausgemacht ist, in dem Willen der Kontrahenten. Zudem schadet uns jener Einwurf auch nicht, da hier erst wieder die Zeit bestimmt werden muß, von welcher Zeit die Verjährung kann angerechnet werden.

§. 10.

Wenn endlich die Gegner noch glauben, daß, weil hier das Hinderniß, weswegen der Schuldner jene Klage nicht anstellen könne, blos in ihm selbst liege, da es bey ihm stehe, zu bezahlen, wenn er wolle — diese Klage also von Zeit des Kontrakts verjährt werden müsse: so können wir hier nur, mit Beziehung auf das vorhergehende, blos darauf

auf antworten, daß alsdann die actio locati eben so gut in 30 Jahren, von Zeit des errichteten Kontrakts müsse verjährt werden. Wer also 30 Jahre eine Sache gemiethet hat, der ist alsdann wirklich Herr davon. — Dieser Satz folgt offenbar aus jenem gegenseitigen Argumente, und daher läßt sich, wie man bald einsiehet, solches auch hier ganz und gar nicht anwenden.

Zwey und neunzigste Meditation.

Das remedium L. 2. C. de resc. emt. vend. geht nicht gegen den dritten Besitzer der verkauften Sache.

§. 1.

Verschiedene, besonders aber die ältern Rechtsgelehrten 1) lassen die aus der *L. 2. C. de resci. emt. vend.* entspringende Klage auch

1) *Covarruvias* var. res. lib. 2. cap. 3. n. 3. *Menoch* cons. lib. 1. cons. 63. n. 22. *Berlich* part. 1. dec. 157. *Berger* vec. iur. lib. 3. tit. 5. §. 18. not. 8.

auch gegen den dritten Besitzer der verkauften Sache zu, wenn nur der erste Käufer nicht im Stande zu bezahlen ist, und der dritte Besitzer die Sache *ex causa lucrativa* erhalten hat, oder auch, wie einige Rechtsgelehrte wollen, wenn eine laesio enormissima da ist. Die Gründe, deren sie sich zum Beweise ihrer Meynung bedienen, werden uns lehren, ob wir denselben beypflichten, oder ob wir nicht mit weit bessern Grunde behaupten können, daß jene Klage keinesweges gegen einen dritten Besitzer gehe m).

§. 2.

Wir haben nicht nöthig, hier weitläuftig unsre Gründe auseinander zu setzen, da uns schon der Begriff eines Kauf- Verkauf-Kontrakts lehren muß, daß keiner, als die Kontrahenten durch denselben gebunden werden können. Daher kann auch so wenig auf die Erfüllung, als Aufhebung dieses Kontrakts gegen einen Dritten geklagt werden. Es würde wenigstens der Natur der persönlichen Kla-

m) *Fachineus* contr. iur. lib. 2. cap. 18. *Menivius* part. 1. dec. 192. part. 5. dec. 22. *Berger* ref. leg. obst. Tit. de resc. emt. vend. qu. 4. *Struv* ex 23. §. 92. *Cocceii* J. C. tit. de resc. emt. vend. qu. 10. *Boehmer* Conf. et resp. Tom. 2. resp. 365. n. 21. et resp. 364. n. 4.

Klagen völlig zuwider seyn, wenn man behaupten wolle, daß solche gegen den dritten Besitzer angestellet werden könnten, und dies muß man doch in der That thun, wenn man die gegenseitige Meynung annehmen will.

Daß aber die aus der *L.* 2. *C. de resc. emt.* entspringende Klage zu den persönlichen Klagen gehöre, daran wird wohl keiner zweifeln.

§ 3.

So sehr stehen also schon die allgemeinen Grundsätze und ersten Regeln einer persönlichen Klage der gegenseitigen Meynung entgegen. Aber auch ihre Gründe können uns gewiß nicht überzeugen, so lange sie uns nicht beweisen können, daß in den Gesetzen eine Ausnahme in diesem Falle gemacht sey. Zwar glauben sie solche in den Gesetzen zu finden, aber man braucht nur diese Gesetze anzusehen, um sich zu überzeugen, daß solche von gegenwärtigem Falle keinesweges reden.

§. 4.

Das Argument, welches die Gegenseite aus der *L.* 13. §. 1. *ff. de min.* n) herleitet,

n) Interdum autem restitutio et in rem datur minori, id est adversus rei eius possessorem,

tet, ist hier von gar keinem Gewichte. Es redet dieses Gesetz von der Wiedereinsetzung eines Minderjährigen in vorigen Stand, und sagt, daß solche auch gegen einen dritten Besitzer statt finde. Allein von der Wiedereinsetzung in vorigen Stand kann man auf diese Klage keinesweges schließen, da beyde von einander verschieden sind, denn jene ist ein dingliches, diese aber nur ein persönliches Rechtsmittel.

§. 5.

Der zweyte gegenseitige Grund liegt in der *L.* 67. *ff. de contr. emt.* es heißt darin: *alie-*

forem, licet cum eo non sit contractum, ut puta rem a minore emisti, et alii vendidisti: potest desiderare interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat, vel re sua careat, et hoc vel cognitione praetoria vel rescissa alienatione, dato in rem iudicio. Pomponius quoque lib. vicesimo octavo scribit, Labeonem existimasse, si minor viginti quinque annis fundum vendidit et tradidit, si emtor rursus eum alienavit: siquidem emtor sequens scit rem ita gestum restitutionem adversus eum faciendum: si ignoravit, et prior emtor solvendo esset, non eo sit faciendum: sin vero esset solvendo, aequius esse minori succurri, etiam adversus ignorantem, quamvis bona fide emtor est.

alienatio cum fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus, quae esset futura, si apud nos ea res mansisset. Hieraus zieht man diesen Schluß: kann der Käufer, falls der Verkäufer über die Hälfte verletzt ist, von diesem belanget werden, so kann es auch der dritte Besitzer, da die verkaufte Sache *cum sua causa* an denselben gekommen. Aber wenn die Sache gleich *cum sua causa*, das ist, allem derselben anklebenden Rechte und Gerechtigkeiten oder Lasten auf jeden Besitzer kommt; so erstrecket sich dies nicht auf die persönliche Klage, und überhaupt kann man ja auch nicht sagen, daß eine Verletzung in der Kaufsumme eine der verkauften Sache anklebende Verletzung sey, denn der Verkäufer ist nur durch den Käufer lädirt, und dieser ist, wenn er die Sache noch hat, zur Ersetzung des Schadens verbunden.

§. 6.

Endlich steht uns auch nicht die L. 94 ff. *de legat* 1 °) entgegen. Denn die angeführte Stelle dieses Gesetzes, welche man zum Beweise der gegenseitigen Meynung anführt,

°) Is autem ad quem hereditas ex emtione servi heredis scripti pervenerit, ex causa cogendus erit fideicommissum praestare, id est, si dominus servi heredis scripti solvendo non erit.

führt, handelt blos von dem Käufer einer Erbschaft, der immer als Besitzer der Erbschaft, auf die Herausgabe des Fideikommisses belangt werden kann. Ueberdem klagt da auch nicht der Käufer, sondern der, dem das Fideicommis gehöret; es wird daselbst auch nicht wegen einer sich zugetragnen Verlezung, sondern auf die Herausgabe der Erbschaft geklagt.

Dies sind die Hauptgründe der gegenseitigen Meynung; mehreres davon noch anzuführen, würde in der That überflüssig seyn. Denn da wir keine einzige Spur in den Gesetzen finden, worin diese Klage unter der im ersten §. angeführten Einschränkung gegen einen dritten Besitzer gegeben wird, so können wir auch nicht ohne Beystand der Gesetze eigenmächtig solchen Unterschied machen.

Drey und neunzigste Re-
ditation.

Zünften und Gilden steht nicht das Recht zu, solche Waaren, die für ihre Zunft gehören, und von andern, die nicht in ihrer Zunft sind, verfertigt oder verkauft werden, eigenmächtig wegzunehmen.

§. 1.

Zünften und Gilden ist es zwar gewissermaßen erlaubt, einem jeden, der nicht zu ihrer Zunft gehört, die Verfertigung und den Verkauf solcher Waaren, die sie nur allein ausschließungsweise verfertigen und verkaufen dürfen, zu verbieten p): allein das Recht, solche Verbote eigenmächtig zu ertheilen, steht ihnen eben so wenig zu, als das Recht, Pfandungen zu unternehmen, und solche, ausser der Zunft verfertigte Waaren, für sich wegzunehmen; sondern sie sind gehalten, solches vorher der Obrigkeit anzuzeigen, und bey dieser Schuß zu suchen q).

§. 2.

p) *Mevius* P. I. dec. 108. P. 5. dec. 228.

q) *Mevius* P. 5. dec. 254. et dec. 256.

§. 2.

Nach den Verordnungen unserer Reichsgesetze können sich Zünfte und Gilden nicht weiter eine Jurisdiction anmaßen, und es steht ihnen auch nicht frey, über die Rechte und Gerechtigkeiten der Zunftsachen zu erkennen. Sie würden dadurch in die Rechte der Obrigkeit greifen, wenn sie solches thun wollten. Ist also eine Zunft gewillet, solchen Personen, die ausser ihrer Zunft Waaren verfertigen und verkaufen, diese wegzunehmen und zu pfänden: so müssen sie solches der Obrigkeit vorher anzeigen, und alsdenn können sie mit dieser Genehmigung und mit Zuziehung eines Gerichtsdieners zu diesem Mittel schreiten [r]). Beobachten sie dieses nicht, so begehen sie durch eine solche eigenmächtiger Weise unternommene Pfandung nicht blos ein Spolium [s]), sondern handeln auch offenbar

r) *Struv* Jurisp. opif. Tom. 1. Lib. 4. Cap. 5. th. 12. pag. 437. Tom. 2. Lib. 4. Cap. 13. th. 8. pag, 350. Tom. 3. Lib. 5. Cap. 1. th. 8 seqq. pag. 265. *Ayrer* de via facti colleg. opif. ad persequ. opific. turb. nec permissa nec permittenda. pag. 9 seqq. **Cramer** Wetzlar. Nebenst. P. 1. Abhandl. 5. et in obs. iur. Tom. 1. obs. 297. Tom. 3. obs. 927. **Runde Grundsätze des deutschen Pfandrechts.** §. 467. S. 360.

s) Cap. 10. X. de off. iud. deleg. Cap. 12. X. de rest. spol.

bar gegen die wider die Handwerksmißbräuche publicirte Reichsgesetze, wider den Hausfrieden und öffentliche Ruhe.

§. 3.

Aus diesen Gründen wurde daher auch die Lohgerber-Zunft, die sich an einem gewissen Orte das Recht anmaßte, ausschliessungsweise mit Leder zu handeln, wegen des einem Kaufmanne eigenmächtig weggenommenen Leders, und des dadurch begangenen Spoliums, zur Restitution des spoliirten Leders, und Erstattung aller Kosten schuldig erkannt; auch überdem noch in eine gewisse Geldstrafe verdammt.

§. 4.

Die Lohgerber Zunft glaubte zwar, daß sie allerdings zur Wegnahme des Leders berechtigt gewesen sey, weil vermöge allgemeiner Observanz, Pfandungen erlaubt wären, und einer Zunft zustünden [t]), besonders wenn solche ein ausschließendes Recht, mit einer solchen Waare allein zu handeln, hätten, und die Pfandung zur Erhaltung ihres Rechts und Besitzes vorgenommen würde [u]). Fer-

ner

t) *Mevius* P. 7. dec. 38. P. 2. dec. 331.

u) *Carpzov* P. 2. const. 27. def. 3. *Lynker* Tom. 1. Resp. 179. n. 39. *Struv* de vindicta privata Cap. 13. pag. 160 seqq. *Boehmer* Tom. 2. P. 2. dec. 1024. n. 10.

ner befände sie sich auch in dem Besitze dieses Pfandungsrechts, und hätte die Zunft also durch die Wegnahme des Leders kein Spolium begangen, zumal da überhaupt nicht bey beweglichen Sachen ein Spolium könne gedacht werden v).

§. 5.

Allein alle diese Gründe waren nicht hinreichend, die eigenmächtig geschehene Wegnahme des Leders zu rechtfertigen. Denn wenn auch gleich jener Zunft das Pfandungsrecht zustehen sollte, so dürfte sie doch solches nicht anders, als unter den oben angeführten Einschränkungen ausüben; besonders da es allgemeinen Rechtens ist, daß sich niemand ohne richterliche Hülfe Recht verschaffen darf.

Eben so wenig kann es daher denn auch einer Zunft das Recht geben, Pfandungen ohne Vorwissen der Obrigkeit vorzunehmen, wenn sie sich gleich im Besitz, mit einer Waare allein zu handeln, befindet; und eben so wenig auch sie von der Restitution der weggenommenen Sache befreyen; da durch unerlaubte Pfandungen allerdings ein Spo-

v) *Gail* de pignoribus Obs. 1. n. 8. *Ziegler* com. C. 3. qu. 1. ad canon. redintegr.

Spolium begangen wird, und dieses vor allen Dingen erst muß restituiret werden x).

§. 6.

Jene von den Lohgerbern vorgenommene Pfandung war auch noch um deswillen unerlaubt, weil gar keine Gefahr des Verzugs da war, unter welcher Einschränkung doch nur gewissermaßen Pfandungen erlaubt seyn können. Ihnen stand also noch immer der Weg zu ihrer Obrigkeit offen, wobey sie sich, falls sie glaubten, durch den Handel des Kaufmanns mit Leder beeinträchtigt zu werden, beschweren konnten. Dieser mußte dieser Umstand doch vor allen Dingen erst angezeigt werden, damit diese vorher untersuchen konnte, wie weit der Lohgerber-Zunft der Alleinhandel mit Leder zustand, und in wie weit sie ein Recht hatte, andern außer ihrer Zunft, den Handel damit zu untersagen.

§. 7.

Endlich will dadurch die Lohgerber-Zunft ihre Pfandung auch nicht rechtfertigen, und die Wiedererstattung des Leders verhindern, wenn

x) Cap. 1. 2. 5. 6. X. de rest. spol, Cap. 22. X. de off. iud. deleg. *Mevius* P. 7. dec. 38. n. 4. *Zahn* Polit. municip. Lib. 2. Cap. 39. n, 8.

wenn sie glaubt, daß hier gar kein Spolium begangen sey, da bey beweglichen Sachen sich kein Spolium gedenken lasse. Es ist einmal, wie gezeigt, die Wegnahme des Leders nicht rechtmäßig verrichtet, uud wenn denn auch also hier kein Spolium gleich da seyn sollte, wie aber nach der Meynung der grösten Rechtsgelehrten ist y): so folgt doch aus der Natur der Sache schon von selbst, daß, so bald einem eine Sache unrechtmäßiger Weise genommen ist, sie ihm auch vor allen Dingen müsse wieder erstattet werden.

Vier und neunzigste Meditation.

Einem Manufacturier kann das Recht, die von ihm verfertigten Waaren, auch im Kleinen zu verkaufen nicht untersaget werden.

§. 1.

Es ist eine ausgemachte Wahrheit, daß Manufacturen auf die Bevölkerung und den

y) *Boehmer* Jus eccl. prot. Tom. 1. Lib. 2. tit. 13. §. 3. *Stryk* U. M. tit. de vi et vi arm. §. 1. *G. L. Boehmer* pr. iur. can. Lib. 4. Sect. 1. tit. 6. § 688. *Puffendorf* Tom. 2. obs. 142.

Reichthum eines Landes einen unendlich grossen Einfluß haben, und daß daher jede Sorgfalt, die ein Staat auf ihre Aufnahme verwendet, für ihn selbst äußerst vortheilhaft und nützlich sey.

Es sind der Hindernisse, die der Aufnahme der Manufakturen im Wege stehen, unendlich viele, und nirgends finden sich diese wohl häufiger, als in kleinen Staaten, wo man mit ihnen erst eben den Anfang machet.

Zu den Hindernissen eines guten Fortgangs der Manufacturen gehöret aber fürnehmlich mit, die Einschränkung in Ansehung des Absatzes der fabricirten Waaren. Wenn ein Fabrikant gebunden ist, seine Waaren nur an gewisse Personen abzusetzen, wenn er nicht das Recht hat, den besten Käufer für sich auszusuchen: so drücket dieses nicht nur ihn auf eine nachtheilige Art, und schlägt alle Ermunterung, allen Trieb zum Fleiße nieder; sondern selbst die künftigen Käufer empfinden die nachtheiligen Folgen hievon.

§. 2.

Aber nicht blos der Absatz im Großen, sondern auch der Absatz im Kleinen darf nicht eingeschränkt werden. In kleinen

Städ-

Städten, wo sich ein Fabrikant niederläßet, wo er nicht die gehörige Unterstützung findet, die von ihm verfertigten Waaren im Großen abzusetzen, auch oft seine Fabrik anfangs nicht so weit ausdehnen kann, muß er sich größtentheils mit dem Absatze im Kleinen begnügen. Hier kommt nun fürnehmlich die Rechtsfrage zur Untersuchung: Darf ein solcher Fabrikant auch seine von ihm verfertigten Waaren im Kleinen frey aus verkaufen; und stehet nicht vielmehr den Kaufleuten an einem solchen Orte, vermöge ihrer Amtsgerechtsame, das Recht zu, ihm solches zu untersagen?

§. 3.

In einer kleinen Stadt hatte sich ein Strumpfweber niedergelassen, und weil ihm auswärts der Absatz im Großen fehlte, und die dasigen Kaufleute ihm seine Strümpfe für einen zu geringen Preiß nur abnehmen wollten: so war er genöthiget, solche auch einzeln zu verkaufen. Die Kaufleute, welche hiedurch an ihrer Nahrung Abbruch litten, wollten dem Strumpfweber daher den Verkauf der Strümpfe bey einzelnen Paaren nicht verstatten. Ihr Grund hiezu war dieser, weil dieses Recht nur blos denjenigen zustehe, die sich in ihrem Amte befänden, und sie vermöge ihrer Amtsgerechtsame die Befugniß hätten, denjenigen, die keine Mit-

glieder

glieder ihres Amts wären, den Verkauf der zu ihrem Amte gehörigen Waaren, zu verbieten z); wobey sie denn zugleich noch vorstellten, daß, da der Strumpfweber seine Strümpfe in vielem Betrachte wohlfeiler, als sie, verkaufen könnte, er allen Handel mit dieser Waare an sich zöge, und ihnen hiedurch großen Schaden verursache.

§. 4.

Das Verlangen der Kaufleute lief, wie man leicht siehet, dahin aus, daß entweder der Strumpfweber seine Weberey ganz eingehen lassen, oder daß er ihnen jedesmal seine Strümpfe verkaufen sollte. Letzteres wäre nichts anders als ein Vorkaufsrecht gewesen, wodurch sie die beste Gelegenheit gehabt hätten, den Strumpfweber bald zu Grunde zu richten.

Allein da einen Theils der Strumpfweber dadurch in die Amtsgerechtsame der Kaufleute keinen Eingriff that, daß er die von ihm verfertigte Strümpfe einzeln verkaufte, indem er keinen solchen uneingeschränkten Handel mit Strümpfen trieb, daß er auch von an-

z) *Mevius* P. I. dec. 108. et in iure Lubec. Lib. 3. tit. 7. art. 21. *Berlich* P. I. dec. 150. n. 33. *de Selchov* elem. iur. germ. §. 326. Edit. V.

andern, welche zum Auskauf eingekaufet hatte; andern Theils auch den Manufakturiers, das Recht, die von ihnen verfertigte Waaren, auch im Kleinen zu verkaufen, der Regel nach immer zugestanden wird a): so wurde auch den Kaufleuten das von ihnen bey der Obrigkeit nachgesuchte Verbot an den Strumpfweber gänzlich abgeschlagen. Diese Verfügung der Obrigkeit war um desto gerechter und billiger, da im widrigen Falle sonst der Strumpfweber nothwendig seine Weberey hätte gänzlich einstellen, oder sich mit dem Preise für seine Waare begnügen müssen, den ihm die Kaufleute jedesmal zu setzen, für gut befunden hätten.

a) *Mevius* P. 5. dec. 255. *Struv* Jurispr. opif. P. 1. Lib. 4. Cap. 4. th. 3. et 11 seqq. *Zahn* polit. municip. Lib. 3. cap. 8. §. 121. *Hommel* Rhapsod. Obs. 437.

Fünf

Fünf und neunzigste Meditation.

Wer einem Geld zum Spiele leihet, kann solches von seinem Schuldner einklagen.

§. 1.

Die römischen Gesetze in Absicht der Spiele verdienten gewiß eine genauere Befolgung, als heut zu Tage gewöhnlich zu geschehen pfleat. Jene Gesetze sind in allem Betrachte heilsam und nützlich für jeden Staat, und man würde deswegen allemal ungerecht handeln, wenn man behaupten wollte, daß sie nicht mehr im Gebrauche wären b). So lange also durch besondere Landesgesetze c) nichts

b) Wie solches behaupten *Stryk* U. M. Tit. de aleat. §. 3. *Langguth* Comment. super usu condict. lusu perd. ex ult. C. de aleat. — Diesen widersprechen *Wernher* part. 9. obs. 214. *Leyser* sp. 125. med. 3. *Boehmer* Jus contr. Nr. 5. Strube rechtl. Bedenk. Theil 4. Bedenk. 131. Quistorps Grundsf des peinl. Rechts. Absch. 7. Hpst. 9. §. 456.

c) Nach dem allgemeinen Gesetzbuch für die Preuß. Staaten, Th. 1. Tit. 11. §. 577.

nichts besonders vom Spiele verordnet ist, so lange müssen wir auch bey vorkommenden Fällen jene Gesetze zum Grunde legen.

§. 2.

§. 577. 578. 581 findet wegen Spielschulden zwar keine Klage statt, was aber jemand in erlaubten Spielen verlohren und wirklich bezahlet hat, kann nicht zurückgefordert werden. Eben so können solche Gelder, die zum Spielen, oder zur Bezahlung einer Spielschuld ausdrücklich verlangt und geliehen worden sind, nicht gerichtlich eingeklagt werden.

In Ansehung der Hazardspiele, zu welchen besonders Basette, Lansquenet, Faraon, Cinq et neuf, Quinze, Passe a dix, Lotto, Tritschaben, Würfel gerechnet werden, ist in jenem Gesetzbuche Th. 2. Tit. 20. §. 1298 u. f. verordnet, daß derjenige, der bey einem Spiele Bank macht, nach Befinden der Umstände um 100 bis 1000 Dukaten, und jeder Mitspieler nach gleichem Verhältnisse um 50 bis 300 Dukaten bestraft werden solle. Gastwirthe und andre, die verbothne Spiele bey sich dulden, sollen 300 Rthlr. Strafe erlegen, welche Strafe verdoppelt werden soll, wenn sie zu solchen Spielen verschlossene Zimmer hergeben, oder zu deren Verheimlichung mitgewirkt haben. Bey einer zweyten Uebertretung sollen Gastwirthe ausser der Strafe mit dem Verluste ihres Gewerbes bestraft werden. Officianten, welche von Hazardspiele Gewerbe machen, sollen ihres Amts entsetzt werden.

§. 2.

Doch ohne hievon noch weiter etwas zu sagen, wollen wir die streitige Rechtsfrage: ob nemlich ein Dritter, welcher einem andern Geld zum Spiele vorgeschossen hat, auch solches wieder zurückfordern könne? untersuchen. Es ist bekannt, daß die Mitspieler, falls sie einem andern von ihren Mitspielern Geld zum Spiele vorgeschossen haben, solches nicht wieder fordern können. Wir glauben aber, daß diese Verordnung sich keineswegeS auf einen Dritten, der nicht an dem Spiele Theil hat, ausdehnen lasse [d]). Man kann überhaupt nicht behaupten, daß das, was bey Mitspielern Rechtens, solches auch bey einem dritten, der einem andern Geld zum Spiele vorgeschossen habe, Rechtens sey, da solches offenbar dem Endzwecke und der Absicht der Gesetze widerstreiten würde. Ein Mitspieler hat immer Hoffnung, daß er das zum Spiele vorgeschossene Geld, wieder gewinnen werde, und also die Absicht, sich mit des andern Schaden zu bereichern: dies fällt aber bey demjenigen, der nicht am Spiele Theil hat, völlig weg, und muß also auch hier

d) *Berlich* dec. 66. *Coler* dec. germ. dec. 173. n. 12. *Carpzov* lib. 6. resp. 96. n. 15. et in pr. ver. cr. part. 3. qu. 134. n. 27. *Stryk* U. M. Tit. de aleat. §. 10. *Cocceji* eod. tit. qu. 2.

hier die bekannte Rechtsregel: *cessante ratione legis, cessat legis dispositio*, eintreten.

§. 3.

Deswegen konnte auch in einem gewissen Rechtsstreite der Spieler, welcher seinem Gläubiger die Einrede entgegensetzte, daß er ihm das Geld zum Spiele vorgeschossen habe, nicht gehöret, sondern mußte mit Verwerfung derselben, zur Bezahlung angehalten werden.

Der Spieler suchte zwar seine Einrede, so wohl durch Gesetze, als durch das Ansehn verschiedener Rechtsgelehrten e) zu unterstützen: allein in den Gesetzen selbst wird obige Frage keinesweges entschieden. Die *L.* 12. §. 11. *ff. mand.* f) redet von einem ganz andern Falle, wie der Inhalt des Gesetzes selbst lehret, und da unsere Meynung mehr mit dem Endzwecke des Gesetzes übereins

e) *Farinacius* oper. crim. part. 3. qu. 109. n. 225 seq. *Damhouder* pract. crim. cap. 126. n. 11. *de Puteo* in tract. de ludis n. 47.

f) Si adolescens luxoriosus mandet tibi, ut pro meretrice fideiubeas, idque tu, sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem, quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris.

einkommt, so kann auch das Ansehn der Rechtsgelehrten solche keinesweges aufheben.

Sechs und neunzigste Meditation.

Ein zwischen einem Kranken und seinem Arzte geschlossener Kauf ist gültig.

§. 1.

Ein Kranker hatte während seiner Krankheit seinem Arzte einen Garten verkauft, nach wiedererlangter Gesundheit gereuete ihm dieser Verkauf; er suchte daher solchen um deswegen als ungültig anzufechten, und wieder aufzuheben, weil so wohl nach den Gesetzen g), als Meynungen der Rechtsgelehrten h), ein solcher Verkauf null und nichtig sey.

g) L. 3 ff. de extraord. cog. L. 9. C. de prof. et med. *arg.* L. 6. §. 2. C. de post.

h) *Fachineus* contr. iur. lib. 2. cap. 25. *Harprecht* ad pr. J. Tit. de emt. vend. n. 121. *Zoesius* ad ff. Tit. de contr. emt. vend. n. 2.

sey. Ehe wir die gegenseits angeführten Gesetze näher betrachten, wollen wir nur mit wenigem die Gründe anzeigen, warum wir einen solchen Verkauf für gültig und rechtsbeständig halten i).

§. 2.

Ein jeder Kauf und Verkauf setzet von Seiten beyder Theile eine freye Einwilligung nicht nur zum voraus; sondern erfordert auch, daß der Verkäufer Macht und Gewalt über die zu verkaufende Sache habe, und dem Käufer nicht, vermöge eines besondern Verbots, der Kauf untersagt sey.

Wer wollte aber wohl einem Kranken die Macht, über das Seinige zu disponiren, absprechen, so lange derselbe bey vollem Verstande

2. *Engelbrecht* comp. iur. dig. eod. tit. §. 1. *Hellfeld* Jurisp. for. Tit. de cont. emt. §. 989. *Wernher* T. 2. P. 7. obs. 213. Schröter in den vermischten juristischen Abhandlungen. Th. 1. S. 88.

i) *Christineus* in dicis vol. 5. dec. 60. n. 12. *Struv* ex. 23. §. 3. *Stryk* caut. contr. Sect. 2. cap. 8. *Leyser* spec. 189. med. 8. 9. 10. *Kornatowski* Diss. de valore emtionis venditionis inter medicum et aegrotum celebratae. *Walch* de privileg. Medicorum credit. in concursu 1774. *Plaz* de iuribus Medicorum 1776.

stande ist, und wer wollte behaupten, daß es einem Arzte untersagt sey, mit seinem Kranken einen Kauf zu schließen, da die Gesetze, — denn daß die gegenseits angeführte Gesetze hievon nicht reden, werden wir in der Folge sehen — in diesem Falle von jener allgemeinen Regel keine Ausnahme gemacht haben.

§. 3.

Diese allgemeinen und in der Natur des Kaufkontrakts sich gründenden Regln müssen schon unserer Meynung vor der gegenseitigen einen beträchtlichen Ausschlag geben, und wir können sicher diese Regeln so lange zum Grunde legen, bis durch die Gesetze selbst in bestimmten Fällen eine Ausnahme gemacht wird. Daß aber auch in dem angeführten Falle keine Ausnahme gemacht sey, werden wir am besten daraus erkennen, wenn wir die Gesetze selbst ansehen, woraus die Gegner ihre Meynung zu vertheidigen suchen.

§. 4.

Der Hauptgrund der gegenseitigen Meynung liegt in der *L. 3. ff. de extr. cogn.* es heißt in demselben: *si medicus, cui curandos suos oculos, qui eis laborabat, commiserat, periculum amittendorum eorum per adversa medicamenta inferendo, compulit, ut ei possessiones suas contra fidem bonam aeger venderet,*

inci-

incivile factum praeses provinciae coerceat, remque restitui iubeat.

Wer muß aber nicht gleich bey Durchlesung dieses Gesetzes bemerken, daß hier von dem Falle die Rede sey., da ein Arzt seinen Kranken zu einem Verkauf gezwungen hat. Hier mußte also auch wegen der erzwungnen Einwilligung der Kauf völlig ungültig seyn, und ist deswegen der in dem Gesetze enthaltene Fall eine Bestärkung der Regel, nach welcher eine erzwungene Einwilligung einen jeden Kontrakt ungültig macht.

§. 5.

Eben so wenig beweist auch die *L.* 9. *C. de prof. et med.* etwas. Dies Gesetz verbietet nur seinem Arzte, um seine Gesundheit wieder zu erlangen, was zu schenken, *quos etiam*, heißt es am Schlusse, *ea patimur accipere, quae sani offerunt pro obsequiis, non ea quae periclitantes pro salute promittunt.* Zwischen einer Schenkung aber und einem Kontrakte, wo von beyden Seiten etwas prästiret werden muß, ist ein himmelweiter Unterschied.

Endlich ist auch das Argument, welches man aus der *L.* 6. §. 2. *C. de postul.* herleitet, in mehr als einem Betrachte auf gegenwärtigen Fall unrichtig angewandt; denn

ein-

mal redet dies Gesetz von dem pacto de quota litis, welches der Advokat mit seinem Klienten eingehet, und stehet auch fürs andre mit gegenwärtigem Falle in gar keiner Verbindung, da der Grund, weswegen das pactum de quota litis verboten ist, hier nicht angewandt werden kann.

§. 6.

So schwach sind also alle gegenseitigen Gründe, und es konnte daher auch in dem erzählten Falle nicht anders, als auf die Gültigkeit des Kontrakts gesprochen werden, weil der Verkäufer mit nichts beweisen konnte, daß er von seinem Arzte zum Verkauf gezwungen war. Zwar glaubte der Kläger, daß hier für ihn die Vermuthung streite, daß er durch arglistige Ueberredungen zu den Kauf verleitet sey, und daß er blos aus Besorgniß für seine Gesundheit zu dem Verkauf bewogen worden sey. Allein diese Vermuthung war unerwiesen, sie mußte aber erwiesen werden, wenn sie eine rechtliche Wirkung haben soll, weil sie in der Natur der Sache nicht liegt. Sie war auch eben so wenig wahrscheinlich, denn der Käufer konnte sich darüber gar nicht beklagen, daß er seinen Garten zu wohlfeil verkauft habe, noch daß er von dem Arzte in Absicht des Arztlohns übersetzt sey. — Indessen aber handelt ein Arzt immer vorsichtig und klug, daß er mit

seinem

seinem Kranken keinen Kaufkontrakt schließe, da immer die widrige Vermuthung daraus entspringen kann, daß der Kranke aus Furcht dazu verleitet sey.

Sieben und neunzigste Meditation.

Der Verkäufer ist schlechterdings verbunden, dem Käufer die verkaufte Sache hinzugeben, und kann sich nicht von dieser Verbindlichkeit entledigen, wenn er gleich dem Käufer das Interesse prästiren will.

§. 1.

Eben die Verbindlichkeit, die dem Käufer oblieget, den eins gewordenen Kaufschilling an den Verkäufer zu bezahlen; eben die Verbindlichkeit liegt auch dem Verkäufer ob, die verkaufte Sache dem Käufer abzuliefern. Dies liegt schon selbst in der Natur des Kaufkontrakts, und stimmt mit der Absicht beyder Kontrahenten völlig überein; so daß es billig zu verwundern ist, weswegen viele

Rechtsgelehrte [k]) den Verkäufer von dieser Verbindlichkeit haben befreyen und behaupten wollen, daß er zur Uebergabe der verkauften Sache nicht verbunden sey, wenn er bereit wäre, dem Käufer den Schaden zu ersetzen.

§. 2.

Es verdienet deswegen dieser streitige Rechtssatz wohl eine nähere Prüfung, da täglich Fälle vorkommen können, wo diese Frage zur Untersuchung kommen kann. Um aber hiebey ordentlich zu Werke zu gehen, müssen wir allemal voraussetzen, daß der Verkäufer die verkaufte Sache wirklich besitze, folglich selbige auch dem Käufer hingeben könne. Denn wenn der Verkäufer entweder aus Bosheit oder grosser Nachläßigkeit sich aus dem Besitze gesetzt hat; so kann, wie wir oben [l]) gezeigt haben, der Käufer das iuramentum in litem gegen denselben ablegen.

§. 1.

k) *Fachineus* contr. iur. lib. 2. cap. 30. *Mynsinger* Obs. cent. 1. obs. 53. *Wissenbach* ad ff. tit. de act. emt. vend. §. 2. *Donellus* ad L. 4. C. de act. emt. vend. et in Comm. iur. civ. lib. 13. cap. 2. *Faber* Rational. ad L. 25 ff. de contrah. emt. vend. et in error. pragm. Decad. 85. error. 4. seqq. *Mascov* opuscula pag. 117.

l) Med. 89.

§ 3.

Ehe wir die gegenseitigen Gründe kennen lernen, wollen wir suchen, unsere Meynung selbst auffer allem Zweifel zu setzen.

Wir dürfen nur, um uns von der Wahrheit unsers Satzes zu überzeugen, ohne einmal auf die Gesetze, worin der Verkäufer zur Uebergabe der verkauften Sache schuldig erkannt wird, Rücksicht zu nehmen, auf die Natur des Kaufkontrakts und den Endzweck, den beyde Kontrahenten gehabt haben, zurückzugehen; so werden wir ohne große Mühe finden, wie wenig die gegenseitige Meynung damit übereinstimme.

Der Kaufkontrakt ist derjenige Kontrakt, vermöge dessen das Eigenthum einer gewissen Sache, gegen einen gewissen Werth, dem andern übertragen werden soll. Welche Verbindlichkeiten liegen nun bey diesem Kontrakte dem Käufer, welche dem Verkäufer ob? Die Beantwortung dieser Frage soll uns den Weg zur Entscheidung jenes streitigen Rechtsatzes bahnen.

§. 4.

Die Hauptpflicht des Käufers besteht darin, daß er dem Verkäufer den eins gewordenen Kaufschilling bezahle; weigert er sich dieses zu thun, so kann alsdenn der Ver-

käufer gegen denselben die actio venditi anstellen. Aber will der Verkäufer diese Klage anstellen, so wird auch erfordert, daß er von seiner Seite den Kontrakt erfüllet habe, weil ihm sonst die Einrede des nicht erfüllten Kontrakts entgegengesetzt werden kann. In eben der Verbindlichkeit stehet nun aber auch der Verkäufer. Denn weigert der sich, die verkaufte Sache abzuliefern; so haben die Gesetze dem Käufer die actio emti gegeben, um die gekaufte Sache zu erhalten.

§. 5.

Die Klagen, die daher aus diesem Kontrakte entspringen, gehen lediglich auf die Erfüllung desselben; würde aber wohl dieser Zweck erreicht werden, wenn der Verkäufer dadurch, daß er dem Käufer den Schaden ersetzen wollte, die Ablieferung der verkauften Sache von sich ablehnen könnte? Warum sollen wir denn den Käufer stärker, als den Verkäufer verbinden? oder steht es diesem auch frey, entweder eigenmächtig vom Kaufe abzugehen, oder doch statt baaren Geldes, dem Verkäufer andere Sachen in Bezahlung anzugeben? Beydes wird wohl keiner behaupten. Ist es nicht vielmehr der Billigkeit, der Absicht der Partheyen gemäßer, daß beyde Theile das, was selbige versprochen haben, auch leisten müssen? Wird dadurch nicht Treue und Glauben erhalten,

und ist nicht jeder nach allen Rechten, ja selbst in seinem Gewissen verbunden, seinem Versprechen nachzukommen?

§. 6.

Aber noch weit überwiegender müssen die für unsere Meynung streitenden Gründe werden, wann wir solche selbst von den Gesetzen unterstützet sehen.

Welche Vergleichung aber zeigt uns dies deutlicher, als diejenige, welche zwischen einer Schenkung und einen Kaufkontrakt gemacht wird [m]). Wenn es da heißt, daß eine jede verschenkte Sache, nach Art einer verkauften Sache, müsse abgeliefert werden, und wenn der Schenker allemal schuldig ist, dem Beschenkten die Sache hinzugeben [n]): welche Folge kann da richtiger, als die seyn, daß gleichfalls der Verkäufer zur Ablieferung der verkauften Sache verpflichtet sey. Ja diese Verbindlichkeit muß von Seiten des Verkäufers noch um desto stärker werden, da dieser

m) §. 2. *J. de don.* Et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit: ut etiam si non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur, et traditionis necessitas incumbat donatori.

n) L. 35. §. f. C. de donat.

ser doch den Werth der verkauften Sache vom Käufer erhält, der Schenker aber nichts dagegen zu erwarten hat.

§. 7.

Man siehet die Stärke dieses Arguments von der Gegenseite wohl ein, allein sie suchet solches dadurch zu entkräften, wenn sie vorgiebt, daß zwar der Regel nach, der Verkäufer zur Uebergabe der verkauften Sache schuldig sey, daß er aber im Weigerungsfalle nicht dazu gezwungen werden könne. Die Worte des Gesetzes reden hier ohne Unterschied, und widersprechen gerade der gemachten Einschränkung. Denn so gut der Schenker zur Ablieferung der verschenkten Sache gezwungen werden kann, eben so gut kann es auch der Verkäufer: und da das Gesetz in Absicht der Uebergabe der verschenkten und verkauften Sache beyde mit einander vergleicht, so müssen wir auch dabey stehen bleiben.

§. 8.

Auf diese Art suchen die Gegner alle noch folgende Gründe anzufechten. Da wir aber die Schwäche des gedachten Einwurfs schon gezeigt haben; so können wir ohne weitere Besorgniß, und ohne noch ferner was darauf zu antworten, unsere übrigen Gründe vortragen. Wir berufen uns hier auf

alle

alle die Gesetze o), worin ohne Ausnahme dem Verkäufer die Verbindlichkeit auferlegt wird, die verkaufte Sache dem Käufer abzuliefern. Es ist wahr, diese Gesetze reden alle schlechtweg von der Uebergabe der verkauften Sache, allein die dabey gebrauchten Wörter *oportere*, *omnimodo*, *praeciſe*, zeigen deutlich genug an, daß, so lange der Verkäufer die verkaufte Sache besitzet, er auch dem Kontrakte gemäß solche dem Käufer zu geben schuldig sey.

§. 9.

Sehen wir endlich noch auf das widersprechende der gegenseitigen Meynung, und auf die Folgen derselben, so werden wir gewiß bald einsehen, wie ungegründet selbige sey. — Wir wollen, um dies zu zeigen, annehmen, daß der Verkäufer, so bald er dem Käufer den Schaden ersetzen will, sich von der Verbindlichkeit, die verkaufte Sache hinzugeben, frey machen könne. In diesem Falle müssen wir auch zugeben, daß eben dadurch der Verkäufer das Recht erhalte, die einmal verkaufte Sache noch einmal einem andern zu verkaufen. — Dies verbieten

aber

o) §. 3. J. de emt. vend. L. 78. §. 1. de contr. emt, vend. L. 11. §. 2. et L. 46 ff. de act. emt. vend. L. 6. C. de resc. emt. vend.

aber doch die Gesetze schlechterdings, ja sie sehen eine solche Handlung als ein Falsum an, und wollen es mit eben der Strafe belegt wissen p).

§. 10.

Man macht hiebey zwar den Einwurf, daß doch der Verkäufer, falls er seine Sache zweymal verkaufen sollte, dem letztern Käufer, dem er die Sache übergeben habe, zum wahren Eigenthümer derselben mache q), und daß er daher nicht schlechterdings zur Uebergabe der verkauften Sache verbunden sey, weil in solchem Falle sonst der zweyte Verkauf null und nichtig seyn müßte. Allein will man von der Wirkung des zweyten Verkaufs, in Absicht des ersten Käufers, urtheilen, so muß man hier einen Unterschied zwischen dem Verkäufer und zweyten Käufer machen. Der Verkäufer hat freylich dadurch, daß er eben die Sache zweymal verkauft, kontraktswidrig gehandelt, und sich aus der Macht gesetzt, den ersten Kauf, vermittelst der Uebergabe der verkauften Sache, zu erfüllen: allein eben deswegen wird er auch

p) *L. 21 ff. ad leg. Corn. de falf.* Qui duobus in solidum eandem rem diversis contractibus vendidit, poena falsi coercetur.

q) L. 15. C. de rei vindic.

auch als ein Falsarius gestraft, und ist schuldig, dem ersten Käufer allen Schaden zu ersetzen. Ueberdem kann auch dieser Einwurf nicht das geringste unserer Meynung schaden, denn hier ist der Fall, da der Verkäufer die Sache nicht mehr hat; wir aber reden nur davon, wenn der Verkäufer die Sache noch besitzet. Und so ist auch die Folge ganz falsch, daß nehmlich nach unserer Meynung der zweyte Kauf null und nichtig seyn müsse.

Der zweyte Käufer hat einmal, da ihm die Sache übergeben worden ist, ein Eigenthum auf dieselbe erlangt, und geht also dem ersten Käufer, der nur ein persönliches Recht hatte, vor. Im Betracht also des zweyten Käufers bleibt der Kontrakt gültig, und dieser kann auch nicht zur Herausgabe der gekauften Sache, wie wir gezeigt haben, angehalten werden.

§. 11.

So würde ferner der Verkäufer auf alle Art und Weise den Käufer in die größte Verlegenheit setzen, und ihn schikaniren können. Denn gesetzt, der Käufer müßte die gekaufte Sache nothwendig haben, es gereuete aber den Verkäufer, solche verkauft zu haben; er weigerte sich daher, die Sache dem Käufer zu geben, welcher Schaden könnte da nicht oft für den Käufer entspringen.

Ja,

Ja, wird man uns antworten, diesen Schaden muß ja der Verkäufer ersetzen! Wem ist denn aber immer mit der Schadensersetzung gedient, und gesetzt, der Käufer ist damit friedlich, muß er denn nicht erst sein Interesse beweisen, und wie schwer hält solches nicht oft.

§. 12.

Wir tragen Bedenken, zur Befestigung unsers Satzes, welchen die meisten Rechtsgelehrten r) vertheidigt haben, noch was hinzuzusetzen.

Selbst die gegenseitigen Gründe werden zeigen, wie wenig erhebliches solche enthalten. Die Gesetze s), welche zum Beweise der

r) *Carpzov* part. 2. const. 1. def. 15. n. 2. *Gail* lib. 2. obs. 17. n. 12. *Mevius* ad ius. Lubec. lib. 3. tit. 6. art. 18. *Struv* ex. 23. §. 104. *Stryk* U. M. Tit. de act. emt. vend. §. 5. *Cocceji* Jus contr. eod. tit. qu. 4. *Thomasius* de pretio affectionis in res fung. non cadente cap. 2. §. 8. *Lüder*, *Mencke* de venditore ad rei traditionem necessario obligato. *Berger* resol. leg. obst, Tit. de act. emt. vend. qu. 3. *Wernher* Tom. 3. p. 1. obs. 156. Höpfners Comment über d. Heinec. Justit. §. 878.

s) L. 1 ff. de act. emt. vend. L. 11. §. 9 ff. eod. L. 12 ff. eod. L. 46. eod. L. 10. C. eod. L. 17. C. de fid. instr.

der gegenseitigen Meynung angeführet worden, reden von diesem Falle nicht, sondern vielmehr von demjenigen, da der Verkäufer die verkaufte Sache dem Käufer aus der Ursache nicht übergeben kann, weil er solche nicht mehr besitzet. Daß wir nothwendig so diese Gesetze erklären müssen, ist schon aus dem, was wir bereits über diese Materie gesagt haben, klar. Denn wollte man blos bey den Worten der Gesetze stehen bleiben: so würden selbige in der That einen wahren Widerspruch in sich enthalten, und sich auf keine Weise mit den für unsere Meynung angeführten Gesetzen reimen lassen.

Acht und neunzigste Meditation.

Wer sich den Geschäften eines Abwesenden freiwillig unterzieht, der muß in Führung derselben den höchsten Grad des Fleißes anwenden.

§. 1.

Was für ein Grad des Fleißes muß derjenige anwenden, und für welches Versehen muß der stehen, welcher sich den Geschäften

eines

eines Abwesenden freywillig unterziehet? Die Beantwortung dieser Frage hat von jeher die grösten Rechtsgelehrten beschäftiget. Viele t) behaupten, daß der höchste Grad des Fleißes angewandt, und der Schade, der nur durch das geringste Versehen des Geschäftsführers sich zugetragen hat, ersetzt werden müsse: andere u) verbinden denselben nur zur Beobachtung eines mittelmäßigen Flei-

t) *Struv* ex. 7. §. 50. *Schilter* ex. 10. §. 67. *Donellus* com. iur. civ. lib. 15. cap. 15 *Stryk* caut. contr. Sect. 3. cap. 1. §. 3. *Cocceji* J. C. Tit de neg. gest. qu. 7. *Crell* culpam leviſſimam a neg. gest. praestandam esse. *Walch* introd. in contr. iur. civ. Sect. 3. cap. 6. §. 2. *Schmid* de negotiis gestis. *Schott* de negotiorum gestoris ad culpam leviſſimam praestandam obligatione 1767. *Püttmann* Probat. iur. Lib. 1. cap. 14.

u) *Ekolt* ad ff. Tit. de neg. gest. §. 8. *Zoesius* ad ff. cod. tit. n. 8. *Franzkius* exerc. iur. lib. 2. qu. 7. *Ritterhusius* ad L. 23. ff. de reg. iur. *Lauterbach* colleg. th. pr. Tit. de neg. gest. §. 16. *Berger* oecon. iur. Lib. 3. Tit. 8. th. 2. not. 1. *Mencke* culpam levem a neg. gest. ordinarie esse praestandam. *Hellfeld* Jurispr. for. Tit. de neg. gest. §. 422. Höpfners Comment. über die Heinec. Instit. §. 938.

Fleißes; noch andere glauben v), daß man hierin nichts gewisses bestimmen könne, sondern daß man dieses dem Gutbefinden des Richters überlassen müsse.

§. 2.

Bey diesen verschiedenen und sich ganz entgegenstehenden Meinungen der Rechtsgelehrten, halten wir die erstere Meynung, so wohl den allgemeinen Regeln, in Absicht des zu beobachtenden Fleißes, als auch den Gesetzen am angemessensten.

Ein jeder, der entweder vermöge eines ausdrücklichen Vertrags, oder freywillig und ohne Wissen des andern, eines andern Geschäfte unternimmt, ist schuldig, allen Fleiß auf die Ausrichtung derselben zu wenden. In dem letztern Falle scheinet schon derjenige, der freywillig eines Abwesenden Geschäfte unternimmt, solches stillschweigend zu versprechen. Denn da überhaupt in allen fremden Geschäften, die einer von freyen Stücken übernimmt, der höchste Grad des Fleißes angewandt werden muß, so müssen wir solches noch vielmehr von solchen Geschäften be-

v) *Gothofred* ad L. 23 ff. de reg. iur. *van Leuwen* Cens. forens. lib. 6. cap. 26. *Brunnemann* ad L. 3. §. 9 ff. de neg. gest.

behaupten, die einer ohne Wissen des andern übernimmt x).

§. 3.

Wir können ferner noch analogisch von andern Arten der Kontrakte auf unsern Fall schließen. So ist bekanntlich nur der Depositarius zu dem Grade des Fleißes verbunden, den er in seinen Sachen gewöhnlich anzuwenden pflegt y): allein so bald er sich nur zu dem Depositum anbietet, so bald wird auch der Grad des Fleißes verändert z). Was thut aber derjenige anders, der sich eines Abwesenden Geschäfte unterzieht? übernimmt er solche nicht freywillig und ungezwungen? Stand es nicht im Anfange bey ihm, ob er solche übernehmen wolle oder nicht? hat er selbige aber nun einmal übernom-

x) *L.* 21. *C. mand.* — — aliena vero negotia exacto officio geruntur: nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.

y) L. 1. §. 8. 10. 47 ff. depos.

z) *L.* 1. §. 35 *ff. dep.* — — sed et si se quis deposito obtulit. idem Julianus scribit, periculo se depositi illigasse: ita tamen ut non solum, sed etiam culpam, et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.

nommen, so steht es auch nicht mehr bey ihm, wie er selbige verwalten will.

§. 4.

Allein wir brauchen den Beweis unserer Meynung nicht so weit herzuholen, da wir solche in unsern Gesetzen a) deutlich genug gegründet finden. Wir müssen aber diese Gesetze deswegen etwas näher betrachten, weil wir zugleich die uns von den Gegnern dabey gemachten Einwürfe ablehnen müssen. — Die Endworte des angeführten ersten Paragraphs der Institutionen sind folgende: *quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem, nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia.* Diese Worte sind an und für sich selbst deutlich genug, nur aus dem Schlusse: *si modo alius diligentior etc.* will man schließen, daß der, welcher die Geschäfte eines Abwesenden übernommen hat, alsdenn den höchsten Fleiß anwenden müsse, wenn ein anderer Achtsamerer und Fleißigerer da gewesen sey. Allein in diesen Worten liegt keine Ausnahme, sondern vielmehr eine Beschreibung des höchsten Grades des Fleißes selbst. Justinian sagt

a) §. 1. J. de oblig. quae quasi ex contr. L. 24. C. de usur.

sagt nemlich, daß das nicht der höchste Grad des Fleißes sey, den man auf seine Sache anwende, sondern derjenige, den ein Fleißiger anwenden würde. Nach einer Umschreibung also würde diese Stelle so viel heißen; derjenige, der sich den Geschäften eines Abwesenden unterziehet, hat alsdenn seiner Pflicht ein Genüge geleistet, wenn er in Beachtung und Verwaltung derselben von keinem andern übertroffen werden kann.

§. 5.

Daß wir so diesen Paragraph verstehen müssen, und daß in demselben eine allgemeine Regel vorgetragen werde, wollen wir nur noch mit wenigem zeigen.

Eben diese Redensart, wodurch Justinian den Kommodatarius zur Beobachtung des höchsten Fleißes verbinden will, finden wir in dem zweyten §. der Institutionen unter dem Titel: quib. mod. re contr. oblig., wo es heißt: *nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam custodire.* Hier ist es doch augenscheinlich, daß hier keine Ausnahme von der Regel, nach welcher der Kommodatarius für jede Nachläßigkeit stehen muß, vorgetragen werde. Daß aber auch selbst in unserm Falle durch obige Worte, eine Regel gegeben

werde,

werde, lehret der Ausdruck: *quisque ad exactissimam diligentiam compellitur.*

§. 6.

Die L. 24. C. de usur. entscheidet ausdrücklich diesen Fall: *Si mater tua*, heißt es, *maior annis constituta, negotia, quae ad te pertinent, gesserit: cum omnem diligentiam praestare debeat: usuras pecuniae tuae, quam administrasse, fuerit comprobata, praestare compelli potest.* Ist hier die Mutter zur Beachtung des höchsten Grades des Fleißes verbunden, wenn sie die Geschäfte ihrer Kinder führet, wie vielmehr können wir denn solches nicht von einem Fremden behaupten. — Man macht hier zwar auch die Erinnerung, daß die Worte *omnem diligentiam* nicht von dem höchsten Grade des Fleißes könnten verstanden werdan, sondern nur von dem Grade, welchen die Mutter auf ihre eigene Sachen anzuwenden pflege. — Allein es heißt hier ja nicht *omnem diligentiam matris*, sondern schlechtweg *omnem diligentiam*, und da also hier ohne Unterschied geredet wird, so dürfen wir auch nicht, besonders wenn wir keinen Grund anführen können, nach Gefallen Unterschiede machen.

§. 7.

Doch wir müssen die gegenseitige Meynung auch nach den Gründen kennen lernen,

die man für dieselbe anführet. Es lassen sich diese Gründe aber in zwey Hauptabtheilungen bringen, da die Gegner zu zeigen suchen, daß unsere Meynung so wohl der Billigkeit, als den Gesetzen zuwider sey.

Soll derjenige, sagen sie, zu der Beachtung des höchsten Grades des Fleißes verbunden seyn, der die Geschäfte eines Abwesenden freywillig übernimmt, so muß man auch zugeben, daß hierin die größte Unbilligkeit herrsche. Wer wird sich alsdenn den Geschäften eines Abwesenden unterziehen, da man doch nicht den geringsten Vortheil davon erhält, sondern vielmehr den größten Schaden leidet? Stößt das nicht selbst gegen die Regel an, nach welcher derjenige, der keinen Vortheil aus der Sache genießt, auch nicht den höchsten Fleiß anzuwenden braucht [b])?

§. 8.

Wir wollen diese Einwürfe, um mehrerer Deutlichkeit willen zergliedern, und auf jeden besonders antworten.

An und für sich selbst ist niemand zur Verwaltung der Geschäfte eines Abwesenden verbunden; unterziehet sich aber jemand solcher,

b) L. 5. §. 2 ff. commod.

cher, so hat er dieses immer seiner eignen Schuld beyzumessen. Doch betreffen es solche Geschäfte, die keinen Aufschub leiden, so sind die Gesetze, in Absicht der Schadensersetzung, auch nicht so strenge, denn da wird nur der Schade, der durch das gröβte Versehen zugefüget ist, ersetzet c).

Eben so wenig ist auch demjenigen, der eines Abwesenden Geschäfte führet, sein hierunter bezeigter Dienst nachtheilig. Denn führet er das Geschäfte, welches er für einen andern auszuführen unternommen hat, nicht gehörig aus, so kann man auch nicht sagen, daß er seine Pflicht in Acht genommen habe. Ja aus eben dem Grunde könnte man gleichfalls der gegenseitigen Meynung eben der Unbilligkeit beschuldigen.

So wahr endlich die Regel ist: daß der nur einen mittelmäßigen Grad des Fleißes anzuwenden brauche, der keinen Vortheil von der Sache erhält; eben so wahr bleibt doch auch die Ausnahme, daß nehmlich alsdenn der höchste Fleiß angewendet werden müsse, wenn einer freywillig ein Geschäft übernommen hat.

§. 9.

Wir haben nicht nöthig, hievon noch mehr zu sagen, denn wenn jene Einwürfe,

c) L. 3, §. 9 ff. de neg. gest.

die sich doch nur blos auf die Billigkeit stüzzen, auch Grund haben sollten; so dürfen wir doch nicht, da wo die Gesetze deutlich reden, zur Billigkeit unsere Zuflucht nehmen.

Es bleibt uns also nichts mehr übrig, als die Gesetze [d]), worin die gegenseitige Meynung gegründet seyn soll, etwas näher anzusehen.

Die *L.* 3. §. 9. *ff. de neg. gest.* enthält den Fall, da jemand eines Abwesenden Geschäfte aus einer besondern Zuneigung gegen denselben, damit dessen Güter nicht verkauft werden möchten, sich unterzogen hat [e]). Allein dies Gesetz enthält, wie wir schon im achten §. gezeigt haben, eine Ausnahme von der Regel. Denn hier war der Fall, da jemand eines andern Güter gerettet hatte, die sonst würden verkauft worden seyn, so daß also die höchste Noth eintrat.

§. 10.

d) L. 3. §. 9 ff. de neg. gest. L. 6. §. f. ff. eod. L. 11 ff. eod. L. 17. C. de neg. gest. L. 20. C. eod.

e) Interdum in negotiorum gestione Labeo scribit dolum solum modo versurinum si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis obtuleris aequissimum esse, dolum duntaxat te praestare, quae sententia habet aequitatem.

§. 10.

Zu einer desto bessern Einsicht wollen wir hier die L. 6. §. 12. de neg. gest. einrücken. *Videamus in persona eius, qui negotin administrat, si quaedam gessit: quaedam non; contemplatione tamen eius alius adhaec non accessit, et si vir diligens, quod ab eo exigimus, etiam ea gesturus fuit, an dici debeat, negotiorum gestorum eum teneri, et propter ea quae non gessit? quod puto verius.*

Ohne uns hier um den Unterschied zu bekümmern, welche einige machen, um dies Gesetz zu erklären, wird ein jeder selbst einsehen, daß hier die Frage nicht davon sey, welchen Grad des Fleißes man bey Führung anderer Geschäfte anwenden müsse; sondern nur davon, zu was für Geschäften einer verbunden sey, wenn solche aus mehreren Stükken bestehen? und diese Frage wird so beantwortet, daß man nur zu denjenigen verbunden sey, die man einmal übernommen, wenn nur nicht solche so beschaffen sind, daß ein anderer fleißigerer Mann sich auch selbigen überhaupt würde unterzogen haben.

§. 11.

Wenn ferner in der L. 11. ff. de neg. gest. gesagt wird: *si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes:* so zieht die Gegenseite daraus die Fol-

ge,

ge, daß, weil hier überhaupt des Versehens gedacht sey, nur ein geringes Versehen darunter verstanden werden müsse, indem, wenn kein besonderer Grad bestimmt, einer nur einen mittelmäßigen Fleiß anzuwenden nöthig habe. Ueberhaupt kann man nicht so allgemein diesen Satz für wahr annehmen f), und es ist um so gewisser, daß derselbe alsdenn einen Abfall leiden müsse, wenn die Gesetze schon den Grad des Fleißes, wie hier, bestimmt haben. Zudem setzet hier Pomponius als Verfasser des Gesetzes das Versehen dem bloßen Zufalle entgegen, woraus also nicht undeutlich erhellet, daß hier in dem Gesetze unter dem Worte *culpa* das geringste Versehen zu verstehen sey.

§. 12.

Eben so wenig läßt sich auch aus der L. 17. C. *de neg. gest.* etwas für die gegenseitige Meynung herleiten g). Das Gesetz sagt: gegen die Erben eines Kurators könnte zwar die actio negotiorum gestorum utilis ange-

f) *Wieling* lect. iur. civ. lib. 1. cap. 7.

g) Curatoris etiam successores negotiorum gestorum utili conventos actione, tam dolum quam latam culpam praestare debere, nec ad eos officium administrationis transire, adeoque nullam alienandi eos res adultae potestatem habere convenit.

angestellet werden; sie wären aber nicht anders, als wegen eines Betrugs oder des gröβten Versehens verpflichtet. Allein der Entscheidungsgrund dieser Verordnung liegt selbst in diesem Gesetze, weil nemlich die Erben des Kurators nicht in dessen Amt folgen, dahero auch nicht für dessen geringstes Versehen haften können.

§. 13.

Der stärkste Grund der gegenseitigen Meynung liegt in der *L.* 20 *C. de neg. gest.* Hierin wird gesagt, daß derjenige, welcher freywillg eines andern Geschäft übernähme, für ein groβes und mittelmäβiges Versehen zu stehen schuldig sey [b]). Allein dies Gesetz redet von einem solchen, der sich als ein Vormund des Pupillen angegeben, und dessen Geschäfte

b) Tutori vel curatori similis non habeatur, qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit, quippe superioribus quidem necessitas muneris, administrationis fidem, huic autem propria voluntas facit, ac satis abundeque suffieit, si cui vel in paucis amici labore consultatus. Secundum quae super his quidem quae nec tutor, nec curator constitutus, ultro qnis administravit, cum non tantum dolum et culpam latam, sed et levem praestare necesse habeat, a te convenire, et ea, quae tibi ab eo deberi patuerit, cum usuris compellere reddere.

te übernommen hatte. Dieser aber muß nur, so wie der Vormund selbst, für ein mittelmäßiges Versehen haften [i]).

So wenig enthalten daher alle gegenseits angeführte Gesetze. Wir müssen deswegen auch, falls wir unpartheyisch urtheilen wollen, die von uns angenommene Meynung für die gegründeste annehmen, da solche durch deutliche Gesetze unterstützet wird.

Neun und neunzigste Meditation.

Der Mandatarius muß in Ausführung der ihm aufgetragenen Geschäfte den höchsten Grad des Fleißes anwenden.

§. 1.

Gegenwärtige Streitfrage steht mit der, in vorhergehender Meditation abgehandelten in einer genauen Verbindung. Daher auch die daselbst für unsere Meynung angeführte Grün-

i) L. pen. ff. de eo qui per tut.

Gründe so wohl, als auch die gegenseitigen Einwürfe hier zum Theil Platz finden.

Zum Beweise, der von uns angenommenen und von den Rechtsgelehrten [k]) vertheidigten Meynung, berufen wir uns hier nur auf die klaren Verordnungen der Gesetze [l]). Wir brauchen auch, da diese Gesetze unsern Fall deutlich entscheiden, nichts weiter hinzusetzen: sondern können es der Ge-

k) *Hahn* ad Wesenbec. tit. mand. n. 10. *Carpzov* part. 2. const. 20. def. 11. n. 6. *Cothman* Resp. vol. 1. resp. 44. n. 18. *Schilter* ex. 28. §. 85. *Nood* prob. iur. lib. 4. cap. 22. *Struv* ex. 22. §. 10. *Cocceji* J. C. Tit. mand. qu. 13. *Leyser* spec. 179. med. 2. *Voet* Com. ad pand. Lib. 17. Tit. 1. nr. 9. *Boecler* Diss. de praestatione culpae in contractu mandati. *Wernher* Tom. 1. P. 3. obs. 147. *Madihn* princ. iur. rom. P. 1. §. 207. *Müller* obs. ad Leyser. Tom. 2. fasc. 1, obs. 371. *Pufendorf* de eulpa. P. 4. cap. 3. Köchy Meditat. B. 1. Nr. 20.

l) *L.* 13. *C. mand.* A procuratore dolum et *culpam omnem*, non etiam improvisum casum praestandum esse iuris auctoritate manifeste declaratur.

L. 21. *C. eod. tit.* — aliena vero negotia *exacto officio* geruntur, *nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.*

Gegenseite m) überlassen, ihre Meynung gleichfalls durch so klare und deutliche Gesetze zu erweisen.

§. 2.

Ehe wir aber die gegenseitigen Gründe kennen lernen, müssen wir hier nur noch erinnern, daß verschiedene Rechtsgelehrte n), die von uns angeführte *L.* 13. *C. mand.* blos von einem Anwalde, dem die Beachtung gerichtlicher Handlungen aufgetragen ist, wollen verstanden wissen. Sie glauben dieses daher zu erweisen, weil dieses Gesetz eines Prokurators gedenket, und deswegen halten sie dafür, daß man bey Beantwortung der Frage, was für einen Fleiß der Mandatarius in Beachtung der ihm aufgetragenen Geschäfte anzuwenden habe? auf die Geschäfte selbst Rücksicht nehmen, und darauf sehen müsse, ob solches gerichtliche oder ausser gerichtliche wären, in welchen erstern der grösste Fleiß erfordert werde.

§. 3.

m) *Duarenus* ad tit. mand. cap. 2. *Zoesius* ad ff. tit. mand §. 15. *Beyer* delin. iur. civ. tit. mand. pos. 20. *Boehmer* intr. in ius dig. eod. tit. §. 19. *Ludovici* us. pr. distinct. iurid. lib. 13. tit. 6. dist. 8. not. 2. Höpfners Comment. über die Heinec. Justit. §. 926.

n) *Brunnemann* ad L. 10 ff. mand.

§. 3.

Weswegen wir aber dieser Meynung nicht beypflichten, und den gemachten Unterschied nicht annehmen können, wird aus folgendem sich ergeben. — Es ist zwar wahr, daß dieses Gesetz blos von einem Prokurator redet; allein wir können die darin enthaltene Verordnung nicht blos auf einen solchen Prokurator ausdehnen, dem die Besorgung gerichtlicher Handlungen aufgetragen ist. Die Bedeutung des Prokurator ist generell, und erstrecket sich auch auf den Mandatarius, nnd daß dieses Gesetz nicht blos von ersterm verstanden werden könne, lehret nicht nur der Titel selbst, sondern auch überdem noch die angeführte *L.* 21. *C. mand.*, welche ganz generell redet.

§. 4.

Bey allem diesen aber müssen wir doch eingestehen, daß es den Gegnern nicht an Gründen für ihre Meynung fehle, welche zwar dem ersten Anblicke nach anscheinend genug sind, aber bey einer genauen Erwägung ihre Stärke völlig verliehren müssen.

Man sagt: in denjenigen Kontrakten, wo der Nutzen und Vortheil nur auf einer Seite ist, muß derjenige, der gar keinen Nutzen und Vortheil aus der Sache hat, nur für das grösste Versehen haften. Den Beweis

weis dieses Satzes suchet man in der L. 5. §. 2. ff. commod. wo es heißt: *Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus, dolum in deposito, nam quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus.*

So wahr jene oben angeführte Regel gleich ist, so leidet doch selbige, wie wir schon in der vorhergehenden Meditation gezeigt haben, alsdenn ihre Ausnahme, wenn einer freywillig eines andern Geschäfte unternimmt, und schon durch die Gesetze der Grad des anzuwendenden Fleißes bestimmt ist. Zudem wird in dem angeführten Gesetze zur Erläuterung der Regel nur des Depositums gedacht, ein klarer Beweis, daß sich bey einem Mandate die Sache ganz anders verhalten müsse. Der Grund aber, weswegen bey einem Mandate ein größerer Fleiß, als bey einem Depositum muß beachtet werden, beruhet darin, weil bey jenem derjenige, der ein Mandat übernimmt, den größten Fleiß zu versprechen scheint, bey diesem aber der Depositarius zu weiter nichts verbunden ist, als daß er die ihm gegebene Sache gehörig aufbewahre.

§. 5.

Die noch übrigen Gründe nehmen die Gegner aus den Gesetzen o), wo nur schlechtweg des Versehens gedacht wird.

Wir können fürs erste überhaupt hierauf das antworten, was wir schon in der vorhergehenden Med. §. 11. gesagt haben, daß es nemlich nicht immer wahr sey, daß, wenn die Gesetze schlecht weg von dem Versehen reden, ein geringes Versehen darunter zu verstehen sey, sondern, daß, wenn das Wort Versehen in einer solchen Materie vorkommt, wo ein gewisser Grad bestimmt ist, solches von dem festgesetzten Grade verstanden werden müsse. Fürs andere reden diese Gesetze nicht von dem Mandate überhaupt, sondern nur von einem besondern Theile desselben, z. B., wenn nach der *L.* 8. §. *f.* und *L.* 10. *ff. mand.* jemand eine gewisse Sache zu kaufen ist aufgetragen worden.

§. 6.

o) *L.* 8. §. *f. ff. mand.* — — si dolus non intervenit nec *culpa* non teneberis.

L. 10. *ff. eod.* — — nihil enim amplius quam *bonam fidem* praestare debet.

L. 29. *ff. eod.* — — dissoluta enim negligentia prope dolum est.

L. 10. *C. mand.* — — tam dolum, quam *culpam* etc. praestare necesse est.

§. 6.

Der Fall aber, von welchem die *L.* 29. *ff. mand.* redet, gehöret hier nicht her. Nach demselben hatte ein Bürge dem Gläubiger die Schuld, wofür er sich verbürget, bezahlet, und demselben nicht die Einrede des nicht erhaltenen Geldes entgegen gesetzet; und da ist die Frage, ob er von dem Gläubiger die Bezahlung wieder fordern könne? welche dahin entschieden wird, daß, wenn er böslicher Weise dieser Einrede sich nicht bedient, er den Regres wider den Gläubiger verliehre: nicht aber, wenn er unwissend solches unterlassen.

Dies Gesetz redet daher nicht von der Frage, was für ein Versehen in einem Mandat müsse prästiret werden, sondern von der Einrede des nicht enthaltenen Geldes.

§. 7.

Wenn man endlich hier noch von einem Vormunde auf einen Mandatarius schließen, und behaupten will, daß dieser so wie jener nur zur Beachtung eines mittelmäßigen Fleißes verbunden sey; so ist dieser Schluß in allem Betrachte fehlerhaft.

Der Unterschied zwischen einer Vormundschaft und einem Mandate ist offenbar. Zur Uebernehmung einer Vormundschaft ist jeder ver-

verbunden, nicht aber zu einem Mandate; überdem ist auch das Amt eines Vormunds mit weit mehr Beschwerlichkeiten verknüpft; so daß es billig ist, mit einem Vormunde gelinde zu verfahren.

§. 4.

Schließlich erinnern wir noch, daß verschiedene Rechtsgelehrte p) bey Entscheidung der Frage: zu welchem Grade des Fleißes ist der Mandatarius verpflichtet? einen Unterschied zwischen dem übernommenen Geschäfte selbst, und den daraus entspringenden Nebenverbindlichkeiten machen. In Ansehung des übernommenen Geschäfts soll der Mandatarius alsdenn für das geringste Versehen stehen, wenn er das Geschäft entweder gar nicht, oder nicht nach der ihm gegebnen Vorschrift ausgeführt, oder wenn er die Gränzen des Auftrags überschritten hat. In Betracht der Nebenverbindlichkeiten, soll er nur zur Ersetzung des Schadens verpflichtet seyn, der durch den grösten Grad der Nachläßigkeit entstanden ist.

p) *Pufendorf* de culpa part. 4. cap. 3. §. 1.

Hundertste Meditation.

Kinder können so wohl das von ihrem Vater verkaufte Lehn als Allodialgut retrahiren.

§. 1.

Nach unserm Lehnrechte q) haben die nächsten Verwandten desjenigen, der ein Lehn ohne ihre Einwilligung veräußert, nicht nur das Recht vor einem fremden oder einem entferntern Verwandten den Vorkauf, oder das Näherrecht (ius protimiseos) zu verlangen; sondern es ist ihnen auch erlaubt, das Lehn, falls es schon wirklich einem andern verkauft und übergeben ist, zu retrahiren, und dadurch den Verkauf mit dem Käufer aufzuheben. Was hier den Verwandten des Verkäufers ausdrücklich durch die Gesetze gegeben ist, eben das Recht steht ihnen auch, vermöge einer fast durchgängig hergebrachten Observanz und Gewohnheit bey Allodial-Gütern zu r).

§. 2.

q) 2 feud. 3. §. 1. — 2 feud. 26. §. 13.

r) S. die 15te Medit. des ersten Bandes.

§. 2.

Da nun dieses Recht den Mitgliedern einer Familie bey Lehngütern durch ausdrückliche Gesetze, bey Allodialgütern durch eine fast allenthalben recipirte Gewohnheit gegeben ist; da der Nähere aus einer Familie vor dem Entferntern den Vorzug hat; und da endlich keiner von den Verwandten, falls er der Erbfolge nicht unfähig, wie zum Beyspiel das weibliche Geschlecht im Mannlehn, hievon ausgeschlossen ist: so glauben wir auch, daß den Kindern, sie mögen noch in der väterlichen Gewalt, sie mögen Erben ihrer Eltern seyn oder nicht, immer eben dieses Recht zustehe, und falls sie mit entferntern Verwandten concurriren, ihnen zuerst vorgezogen werden müssen s).

§. 3.

s) *Rosenthal* Tr. tot. iur. feud. Cap. 9. concl. 88. *Schrader* de feudis, P. 8. cap. 7. n. 9. *Finkelthaus* Contr. feud. Disp. 10. contr. 1. *Carpzov* P. 2. const. 31. def 10. 11. et const. 49. def. 4. *Stryk* de success. ab int. Diss. 6. cap. 2. §. 12. seqq. et §. 23. seqq. *Boehmer* Consult. et decis. Tom. 1. P. 2. resp. 131. *Mencke* de retractu filiorum gentilitio. *Pufendorf* Tom. 2. obs. 4. §. 5. 6. 7. *Horn* iurispr. feud. cap. 20. §. 3. von Kumpz Versuch über das longobardische Lehnsgesetz, II. feud. 45. §. 5. *Oesterreicher* Diss. sub praes. Ritter. de Retractu feudali

§. 3.

Verschiedene Rechtsgelehrte t) sind hier gegenseitiger Meinung, besonders in dem Falle, wenn Kinder die väterliche Erbschaft angenommen haben. Sie glauben, daß Kinder, als Erben ihres Vaters, dessen Handlungen nicht anfechten können, und verbunden wären, eben das zu prästiren, was er hätte prästiren müssen. Wenn also Kinder das vom Vater verkaufte Gut retrahiren wollten, so würden sie dadurch, sagen die Gegner, den Handlungen der Eltern gerade entgegen handeln, welches sie doch als Erben nicht zu thun befugt wären.

§. 4.

Wenn Kindern der Retrakt als Erben ihrer Eltern zustünde; wenn ferner dadurch die Handlungen der Eltern angefochten würden; so hätte der gegenseitige Grund allerdings großes Gewicht. Allein da dieses nicht ist,

et gentilitio variisque circa eum controversiis 1787.

t) *Pistor* Quaest. iur. P. I. Lib. 2. qu. 5. qu. 11. n 20. qu. 13. n. 13. *Fachineus* contr. iur. Lib. 7. cap. 19. *Reinking* de retractu gentil. qu. 2. n. 61. 368. 506. *Huber* pr. ad pand. Lib. 18. tit. 5. §. 16. *Pufendorf* Tom. 2. obs. 4. §. 8. *Wernher* Tom. I. P. I. obs. 311.

ist, da der Retrakt und das Vorkaufs-Recht blos in der Verwandtschaft beruhet, und zum Besten der Mitglieder einer Familie eingeführet ist, folglich den Kindern dieses Recht nicht als Erben ihrer Eltern, sondern vermöge der Verwandtschaft zustehet; da endlich der von dem Vater geschloßene Kauf nicht angefochten und aufgehoben wird, sondern derselbe bey Kräften bleibt, indem nur der Retrahent in des Käufers Stelle tritt, also der Sohn gar nicht den Handlungen der Eltern entgegenhandelt: so kann, wenn man dieses alles genau erweget, jenes gegenseitige Argument hier nicht den geringsten Beweis abgeben.

§. 5.

Selbst aber die väterliche Gewalt, wenn sich etwa der Sohn darin noch befinden sollte, stehet dem Retrakte nicht im Wege. Es ist zwar sonst nach dem römischen Rechte, in diesem Falle, Vater und Sohn nicht erlaubt, einen Kontrakt mit einander zu schließen, und folglich würde ein mit dem Vater eingegangener Kauf und Verkauf von keinem Bestande seyn: allein wenn hier das verkaufte väterliche Gut retrahiret wird, so kontrahiret der Sohn auch nicht mit seinem Vater, und schließt mit diesem nicht den Kauf, sondern er übet nur das ihm vermöge seiner Verwandtschaft gegebene Recht aus, und hat also hier weiter nichts mit dem Vater zu thun, als

welcher mit dem Käufer den Kauf geschlossen hat. Der Sohn hält sich blos an dem Käufer, und retrahiret von diesem das väterlich verkaufte Gut.

§. 6.

Wenn nun den Kindern hier so wenig die väterliche Gewalt, als weil sie Erben ihres Vaters sind, entgegensteht; so wird es nun noch darauf ankommen, ob die gegenseitige Meinung nicht weit eher, als die diesseitige in den Gesetzen einigen Grund findet. Die von uns abweichenden Rechtsgelehrten behaupten auch dies, theils weil im Lehnrechte nur allein der Agnaten und nicht der Kinder Erwehnung geschehe, wenn von dem Retrakte die Rede sey; theils weil selbst in einer Stelle u) den Agnaten vor den Kindern jenes Recht gegeben worden, folglich diese durch jene ausgeschlossen seyn.

§. 7.

Wir geben zu, daß das Lehnrecht blos der Agnaten erwehnt, wir leugnen aber, daß hiedurch die Kinder ausgeschlossen sind; denn unter dem Ausdrucke Agnaten werden eben so gut Kinder, als andere Verwandte mit begriffen, wie dieses aus unsern Gesetzen klar ist,

u) 2 feud. 26. §. 13.

ist v). Eben so ist es auch ohne Grund, wenn die Gegenseite glaubt, daß im *2 feud. 26. §. 13.* den Agnaten vor den Kindern der Retrakt ausdrücklich zugestanden sey. Wir wollen die Stelle hier einrücken, und man wird bald sehen, daß sie ganz anders, wie die Gegner glauben, zu verstehen sey. *Titius filios masculos non habens partem suam feudi Seio, partem eiusdem feudi possidenti agnato suo concessit. Sempronius proximior agnatus mortuo demum Titio partem illius feudi nullo dato pretio recuperare potest. Quod si Titius filios proprios haberet., pretio reddito etiam vivo Titio: quod si consensit alienationi, vel per annum, ex quo scivit, tacuit, omnino removebitur.*

§. 8.

In dieser angeführten Stelle sollen nach der Gegner Meinung die Kinder dadurch ausgeschlossen seyn, weil darin gesagt wird, daß wenn Titius Söhne hätte, so könne der nächste Verwandte auch bey Lebzeiten des Titius, wenn er die Kaufsumme dem Käufer erstatte, das Lehn retrahiren.

Allein wir glauben, daß diese Stelle auf keine Weise so könne verstanden werden, daß die

v) *L. 12. ff. de suis et legit. hered.* Filius patri agnatus proximus est.

die Kinder vom Retrakte ausgeschlossen seyn sollten; sondern es wird hier nur blos deswegen der Kinder gedacht, um hier den Unterschied unter dem iure revocandi feudum alienatum und unter dem Retrakte zu zeigen. Das ohne Einwilligung der Agnaten veräusserte Lehn kann nemlich, so lange der Verkäufer und dessen Kinder noch am Leben sind, nicht revociret werden, sondern der Agnat, der es revociren will, muß so lange warten, bis die Erbfolge des Lehns an ihn kommt. Er kann es aber retrahiren, auch bey Lebzeiten des Vasallen, der es veräußert hat, und auch wenn Kinder da sind, die sich des Retrakts nicht bedienen wollen, wenn er nur dem Käufer die Kaufsumme wieder giebt. Hier also muß man nothwendig voraussetzen, daß die Kinder sich des Retrakts begeben haben, weil sonst diese Stelle offenbar wider die übrigen Stellen im Lehnrechte streiten würde. Dieses läßt sich auch um so eher behaupten, weil hier eigentlich von den Personen, denen der Retrakt zustehet, gar nicht geredet wird, wie eine kurze Prüfung bald lehret.

§. 9.

Da uns also so wenig dieser Text des Lehnrechts, wie auch die übrigen Stellen, noch die oben angeführten gegenseitigen Gründe entgegen stehen; da ferner blos in der Verwandtschaft dieser Retrakt und das Vorkaufs-

kaufsrecht beruhet, wie im vorhergehenden schon gezeigt ist; da endlich selbst das geistliche Recht unserer Meinung beypflichtet r): so müssen wir diese auch der gegenseitigen um so eher vorziehen, da sie am meisten mit der Intention, warum dieses Vorkaufsrecht oder Retrakt eingeführet ist, übereinstimmt: nemlich damit die Güter, die einmal in einer Familie sind, auch desto eher in derselben bleiben.

Hundert und erste Meditation.

Enterbte Kinder können auch die vom Vater verkauften Güter retrahiren.

§. 1.

Wir haben in der vorhergehenden Meditation zu behaupten gesucht, daß Kinder, ohne Unterschied, die von ihrem Vater verkauften Güter, sie mögen Allodial oder Lehn seyn, retrahiren können.

Es entsteht hiebey nun die Frage: ob auch enterbte Kinder, die von ihrem Vater verkauften Güter, besonders wenn sie Allodial sind, eben so gut retrahiren können, wie andere zu Erben eingesetzte Kinder?

Unserer Meinung nach, steht enterbten Kindern, so gut, wie andern, dieses Recht zu,

r) Cap. 8. X, de rest. in integr.

zu y), und wir hoffen auch dieses hinlänglich erweisen zu können.

§. 2.

Der Retrakt, davon hier die Rede ist, beruhet, wie wir schon mehrmal und auch in der vorhergehenden Meditation gesagt haben, blos in der Verwandtschaft. Diese allein giebt uns die Befugniß, solche, außer der Familie verkaufte Güter, zu retrahiren. So lange daher jemand zu einer solchen Familie gehöret, woraus Güter verkauft sind, so lange stehet auch jenes Recht seiner Person eigenthümlich zu.

Enterbte Kinder, verliehren nicht die Rechte der Familie und Verwandtschaft, welche ihnen auf keine Weise können entrissen werden z); sondern sie werden nur blos der Erbfolge unfähig. Bleiben sie also, ungeachtet der Enterbung, immer Mitglieder ihrer Familie; gehören sie so gut wie andere Kinder, zu den nächsten Verwandten ihres Vaters: so müssen sie auch so gut, wie iede andere, zur Ausübung derjenigen Rechte gelassen,

y) *Reinking* de retractu qu. 2. n. 61. 62. *Zoesius* ad pand. Lib. 18. tit. 3. §. 55. *Engelbrecht* Compend. iurispr. Lib. 18. tit. 3. §. 9. pag 355.

z) *L.* 8. *ff. de reg. iur.* Jura sanguinis nullo iure civili dirimi possunt. — L. 34. ff. de pactis.

lassen werden, die ihnen allein wegen ihrer Verwandtschaft zustehen, und die sie selbst wider Willen ihrer Eltern, also lediglich nach ihrem Belieben ausüben können a).

§. 3.

Ferner hat der Retrakt nicht die geringste Gemeinschaft mit dem Erbrechte, denn auch selbst solche Verwandte, die keine Erben sind, sind desselben fähig; eben deswegen fehlt auch aller Grund, warum man hier auch nicht so gut enterbte Kinder zulassen sollte b).

Die Gegner c) pflegen freylich wohl einen Grund davon herzunehmen, und glauben, daß derjenige, der dem Verkäufer eines solchen Guts nicht erben, auch solches nicht retrahiren könne. Allein sie schließen hier offenbar unrichtig vom Erbrechte und der Erbfolge auf den Retrakt. Beyde haben keine Gemeinschaft. — Es ist zwar wahr, daß solche Personen, die der Erbfolge und des Besitzes solcher verkauften Güter, ihrer Person wegen, unfähig sind, wie z. B. im Mann-

a) *Boehmer* Conf. et Resp. Tom. 2. P. 2. resp. 770. n. 25.

b) L. 10. § 1. in f. ff. de bon. libertor.

c) *Tiraquellus* de Retract. §. 1. gl. 9. n. 45. *Richter* decis. 76. n. 22. *Perez* ad Cod. Tit. de pact. inter emt. et vend. §, 21. *Stryk* de success. ab Int. Diss. 6. cap. 4, §. 67.

Mannlehne, das weibliche Geschlecht, — auch solche Güter nicht retrahiren können: allein ein anders ists, wenn die Gesetze jemand der Erbfolge und des Besitzes gewisser Sachen unfähig erklären; ein anders, wenn durch die Disposition eines Dritten jemand von der Erbfolge ausgeschlossen wird. Dieser kann einen solchen zwar von der Erbfolge in seinen Gütern ausschließen, aber nicht die Rechte nehmen, die ihm als Mitglied seiner Familie, eben so als jedem andern Verwandten zustehen.

§. 4.

Selbst aber unsere Gesetze geben enterbten Kindern in ähnlichen Fällen das Recht, Fideicommis-Güter, die außer ihrer Familie gekommen sind, wieder zurück zu nehmen. Denn so wird in der *L. 114. §. 16. ff. de leg. 1.* gesagt: *Sed etsi cum duos exheredavit, unum heredem instituit, fundum extraneo legavit, ut putat Marcellus; posse exheredatos petere Fideicommissum.*

Die enterbten Kinder haben also hier eben so gut das Recht, Fideicommißgüter, die eigentlich in der Familie hätten bleiben müssen, und die daraus gekommen sind, zurückzufordern, als andere; und deswegen muß ihnen auch in Ansehung des Retrakts wegen anderer verkauften väterlichen Güter, gleiches Recht zustehen.

§. 5.

§. 5.

Zulezt will hier auch der Einwurf: 'als wenn ein Enterbter so angesehen werden müsse, als wenn er nicht mehr existirte [d]), und deswegen des Abtriebrechts unfähig sey, — nichts bedeuten. Wir haben schon an einer andern Stelle [e]) gesagt, daß man jenen im Gesez vorkommenden Ausdruck: *exheredatus pro mortuo habetur*, nicht als eine allgemeine Regel annehmen dürfe, weil sonst vieles Ungereimte sich daraus herleiten ließe, und daß sich solcher auch nur bey der testamentarischen Erbfolge gebrauchen lasse. Hier kann man einen Enterbten, da er nicht succedirt, als nicht existirend ansehen: allein nicht beym Retrakte, denn dieser hat mit der Erbfolge, besonders mit der testamentarischen, so wenig Gemeinschaft und Aehnlichkeit, daß von dem einen auf das andere niemals ein richtiger Schluß kann gemacht werden.

d) L. 1. §. 5 ff. de coniung. cum emanc. lib.

e) 84ste Meditation. §. 7.

Hundert und zweyte Meditation.

Die Eltern können ihre Kinder nicht weiter enterben, wenn sie sich mit ihnen ausgesöhnet, und ihnen ihre Beleidigungen vergeben haben.

§. 1.

Kinder, die sich gegen ihre Eltern solcher Vergehungen schuldig gemacht haben, weswegen sie solche enterben können, müssen alsdenn doch nothwendig in ihrem Pflichttheile zu Erben eingesetzt werden, wenn sie sich mit ihren Eltern ausgesöhnt, und diese ihnen alles vergeben haben f). Wir können dieses fürnemlich schon daraus schließen, weil durch

f) *Fachineus* contr. iur. Lib. 6. cap. 79. *Huber* prael. ad ff. Tit. de liber. et postum. §. 4. *Goeddeus* Consl. Marpurg. Tom. 3. consl. 28. n. 111. *Van de Poll* de exhered. Cap. ult. *Bachov ad Treutl.* Vol. 1. disp. 13. § 9. *Stryk* Caut. Test. Cap. 24. §. 77. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 139. §. 1. Tom. 2. obs. 8. Höpfners Comment. über die Heine. Instit. 1. §. 478. Not. 7.

durch eine Aussöhnung nicht nur dem Beleidiger seine Vergehungen vergeben werden, sondern weil auch selbst der beleidigte Theil sich alles Rechts begiebt, welches ihm ausser der Versöhnung sonst, gegen den Beleidiger zugestanden haben würde; wenigstens in so weit, als dadurch die zugefügte Beleidigung Strafe verdient.

§. 2.

Erlassen daher der Vater oder die Mutter ihren Kindern die ihnen zugefügten Beleidigungen, weswegen sie sie sonst hätten enterben können; so wird dadurch die Beleidigung selbst völlig aufgehoben, und fällt folglich jetzt der Grund weg, der den Eltern sonst ein Recht gab, ihre Kinder des Pflichttheils zu berauben. Denn man kann doch die Enterbung für nichts anders, als eine Strafe ansehen, die die Kinder wegen ihrer begangenen Fehler leiden müssen, und die ihnen ihre Eltern zuerkennen, aber auch erlassen können. Ist also von Seiten der Kinder kein solches Vergehen mehr da, das ihnen eine Enterbung zuziehen kann, — wie in unserm Falle doch ist, wenn die Eltern sich mit ihren Kindern aussöhnen g), — so haben Eltern auch weiter kein Recht mehr, die ihnen zugefügten Beleidigungen zu rächen,

g) §. 12. J. de iniur.

chen, und ihre Kinder zu enterben. Dies fließt offenbar aus der Natur der Sache.

§. 3.

In unsern Gesetzen h) finden wir aber auch selbst einen wichtigen Grund für unsern Satz. Denn so ist die zwischen dem Legatarius und Erblasser entstandene große Feindschaft, ein Grund, weshalb der Legatarius des ihm ausgesetzten Vermächtnisses verlustig wird; allein so bald die Feindschaft unter beyden beygelegt und Aussöhnung erfolgt ist, behält er das Vermächtniß, und muß solches von dem Erben ausgezahlet werden. Hat die Aussöhnung also hier eine solche Wirkung, wie vielmehr muß sie es denn in unserm Falle haben, da es die Kinder selbst betrifft, die doch die Eltern weit eher als fremde Personen zu bedenken verpflichtet sind.

§. 3.

Allein, wenn wir dieses bey Seite setzen; so müßten wir doch noch nothwendig hier auch die Frage aufwerfen: aus welcher Ursach die Eltern ihr Kind enterben wollen, wenn wirklich keine Ursach zur Enterbung mehr

h) *L. 4 ff. de adim. vel. transf. leg* Quod si iterum in amicitiam redierunt, et poenituit testatorem prioris offensae; legatum vel fideicommissum relictum redintegratur.

mehr da ist? Sie sind doch verbunden, diese namentlich anzuführen, und in ihrem Testamente auszudrücken; jene Beleidigung aber, die sie vergeben und erlassen haben, ist alsdann keine Beleidigung mehr, sondern die Versöhnung hat diese getilget und aufgehoben. Wollten sie also jene Beleidigung als die Ursach der Enterbung angeben, so würden sie wider die Gesetze anstoßen, weil diese bereits durch die Versöhnung erlassen, und folglich keine solche Ursache mehr ist, die die Gesetze zur Enterbung hinlänglich halten.

§. 5.

Wider die dießseitige Meynung pflegt man zwar einzuwenden i), daß jede Remission strikte müsse erklärt werden, und daher die geschehene Aussöhnung dem Vater nicht das Recht nähme, seine Kinder zu enterben: allein dieses Argument sagt in der That nichts. Denn wenn gleich jede Remission strikte muß erklärt werden, so folgt daraus ja noch gar nicht, daß deswegen noch eine Enterbung statt finde. Man kann ja gar nicht sagen, daß in dem Falle, wenn man hier

i) *Treutler* l. c. *Leyser* sp. 357. med. 8. *Walch* contr. iur. Sect. 2. cap. 4. membr. 2. §. 14. *Covarruvius* Var. resol. Lib. 2. cap. 10. n. 3. *Hellfeld* Jurispr. forens. §. 1424.

hier dem Vater das Recht nimmt, seine Kinder zu enterben, daß alsdann die Remission weiter und auf andere Fälle ausgedehnt werde; denn so bald der Vater seinem Kinde schlechtweg die ihm zugefügten Beleidigungen erläßt, und sich mit ihm versöhnt; so befreyet er dasselbe dadurch nicht nur von der Strafe, die er vielleicht bey der Obrigkeit noch nachsuchen könnte; sondern er nimmt sich dadurch selbst die Befugniß, diejenigen Rechte, die ihm sonst die Gesetze zustehen, weiter auszuüben. Es kann daher immer richtig seyn, daß eine jede Remission strikte müsse erklärt werden, ohne daß dadurch unser angenommener Satz leidet.

§. 6.

Eben so leidet das auch keine Anwendung, wenn man sagt: durch eine Reue werde eine begangene Undankbarkeit nicht aufgehoben. Wir reden hier ja nicht blos von einer Reue, sondern von einer wirklichen Aussöhnung und Vergebung. Beyde aber sind sehr verschieden; denn durch Reue wird noch kein Vergehen erlassen, sondern hier steht es noch immer in dem Willen des Beleidigten, ob er das erlittene Unrecht rächen will; mit einer Aussöhnung aber verhält es sich anders, denn hier wird von beyden Seiten alles, was vorgegangen ist, vergeben und

vergessen,

vergessen, und alles Recht, was etwa dem beleidigten Theile zustehen sollte, erlassen.

§. 7.

Endlich scheint auch nicht die gesetzliche Verordnung unserer Behauptung zu widerstreiten, nach welcher einem enterbten Sohne, den der Vater nach geschehener Emancipation wieder an Kindesstatt annimmt, die väterliche Enterbung schadet [k]).

Nicht zu gedenken, daß in diesem Gesetze nicht einmal gesagt wird, in welchem Falle dem enterbten Kinde die Enterbung schade, so ist hier doch von unserm Falle gar nicht die Rede, wo die Enterbung nach der Aussöhnung, sondern von der, die vor der Aussöhnung geschehen ist, wie die Worte *exheredationem antea scriptam* genug erweisen. Beyde Fälle sind also sehr verschieden.

§. 8.

Wir haben, wie auch schon bemerkt worden ist, bisher blos von dem Falle geredet, wenn die Enterbung nach geschehener Aussöhnung erfolgt [l]). Ganz anders aber verhält

k) *L.* 23 *ff de liber, et postum.* Filio, quem pater post emancipationem a se factam iterum adrogavit, exheredationem antea scriptam nocere, dixi.

m) Ausser den bereits angeführten gehören hier noch her: *Voet* ad ff. tit. de inoff. test. §.

hält es sich mit dem Falle, wenn die Enterbung der Aussöhnung vorausgegangen ist. Freilich sind auch hier genug Rechtsgelehrte, die auch denn die Enterbung für nicht geschehen wissen wollen; allein es würde zu weitläuftig seyn, hier jetzt die Gründe derselben anzuführen. Wir bemerken daher nur noch, daß bey Entscheidung der Frage: ob ein Testament pflichtswidrig sey? es immer auf die Zeit des errichteten Testaments ankomme n). War nun zu dieser Zeit noch keine Aussöhnung geschehen, so war ja auch noch immer eine Enterbungsursache vorhanden, die dem Vater zur Enterbung Recht gab. Der Einwurf: daß man hier annehmen müsse, daß der Vater nach erfolgter Versöhnung die Enterbung stillschweigend wieder zurückgenommen habe, ist ganz unbedeutend. Denn wollte man dies gelten lassen, so müßte man auch zugeben, daß dem, statt des enterbten Kindes, eingesetzten Erben, die Erbschaft auch stillschweigend wieder genom-

31. *Hilliger ad Donell.* Lib. 6. cap. 12. lit. M. *Perez* ad Cod. tit. de liber. praet. vel. exh. n. 15. *Stryk* Dissert. Hallens. Vol. 2. Disp. 15. §. 8. *Ludolf* observ. forens. supplem. Obs. 373.

n) Pr. J. de inof. test. L. 5 ff. eod. tit.

genommen werden könne, welches doch wider die Gesetze ist o).

Hundert und dritte Meditation.

Der Litis-Denunciat muß dem Litis-Denuncianten die Kosten des Processes, den er mit seinem Gegentheile geführt hat, wieder erstatten, wenn solche gleich compensirt sind, und die Sache dem Litis-Denuncianten zuerkannt ist.

§. 1.

Folgender Fall veranlaßte die Untersuchung der an sich streitigen Frage: ob der Litis-Denunciat auch schuldig sey, dem Litis-De-

o) *L.* 22 *ff. de adim. vel transf. leg.* Ex parte heres institutus etiam legatum acceperat, eum testator inimicitiis gravissimis persecutus cum testamentum aliud facere instituisset, neque perficere potuisset, praeteriit: hereditariae quidem actiones ei non denegabuntur, sed legatum si petat, exceptione doli mali submovebitur.

nuncianten die Kosten des Processes zu erstatten, wenn solche durch Urtheil und Recht gegen einander aufgehoben und verglichen sind, die Sache aber dem Litis-Denuncianten zuerkannt ist? — Es hatte jemand von einem andern ein Stück Land ausgetauscht, auf welchem, wie dieser vorgab, die Gerechtigkeit haften sollte, vermöge der er befugt sey, über eines Dritten angränzrnde Ländereyen mit Pferde und Wagen zu fahren. — Diese Servitut war um so mehr diesem Lande nützlich, weil man sonst ohne große Unbequemlichkeit nicht gut dazu kommen konnte. — Der erste Besitzer jenes Landes hatte sich nun seit langen Jahren her dieses Rechts nicht bedient, weil das Land schon von seinen Vorfahren vermiethet war, und zwar an denjenigen, dessen Land die Dienstbarkeit tragen sollte. Wie nun nach geschlossenem Tausche der andere das Land selbst unternahm, auch sich einigemal dieser dem Lande anklebenden Gerechtigkeit bediente; wurde ihm nunmehr dieses Recht streitig gemacht. Es entstand also hierüber ein weitläuftiger Proceß. Dieser wurde in zweyter und dritter Instanz zwar zum Vortheile des Litis-Denuncianten entschieden: allein weil doch der Gegentheil in erster Instanz ein gut Urtheil erhielt, auch nicht ohne Grund seine Klage angefangen hatte; so wurden die Kosten gegen einander verglichen und aufgehoben.

§. 2.

§. 2.

Von Seiten des Litis-Denuncianten war hier nicht das geringste versehen, das zur Compensation der Kosten hätte Anlaß geben können; und eben so hatte er auch dem andern, von dem er das Land eingetauschet, frühzeitig genug den Krieg Rechtens angekündigt. Er verlangte daher nun auch von dem andern, daß ihm dieser die wegen dieses Rechtsstreits gehabten Kosten wieder ersetzen und vergüten sollte. Allein dieser bezeigte sich hiezu nicht so willig und bereit. Es kam darauf diese Sache zur Untersuchung, und wurde hierin der Litis-Denunciat zu Vergütung der Kosten auch schuldig erkannt.

§. 3.

Wir glauben immer, daß dieser Rechtsspruch, so wohl der Billigkeit, als auch dem Rechte selbst sehr angemessen war. Es hatte nicht nur der eine Kontrahent dem andern sein Land mit jener Gerechtigkeit vertauschet, sondern es hatte dieser auch lediglich in der Absicht nur jenen Tausch eingegangen, weil er vermöge jener Gerechtigkeit auch sein übriges dabey liegendes Land desto besser benutzen konnte. Jener war daher auch vermöge dieses geschlossenen Tausches verbunden, dem andern, so, wie abgeredet war, das Land zu übergeben. Dieses geschah freylich in so weit: allein es entstand doch erst

ein

ein weitläuftiger Proceß darüber: ob jene Gerechtigkeit auch dem Lande zustehe? Wer war nun schuldig, dieses auszumachen, und diesen Streit auszuführen? Gewis kein anderer, als derjenige, der jenes mit dieser jetzt im Streite befangenen Gerechtigkeit vertauschtes Land so ausgegeben hatte. Sollte der andere dieses auf seine Kosten thun, so würde dieser dadurch nicht nur offenbar leiden, und oft den grösten Schaden haben können; sondern jener würde zum Nachtheil eines Dritten von einer Verbindlichkeit freygesprochen, dazu ihn doch der unter den Partheyen geschlossene Vertrag selbst anhält. Denn sobald jemand eine Sache wofür ausgiebt, verkauft oder vertauscht; so ist er freylich schuldig, sie so zu überliefern; allein er muß auch nächst diesen dem andern die desfalls gehabten Unkosten erstatten. Fließt das nicht schon offenbar aus der Natur der Sache her, und stimmt das nicht mit der Intention der Kontrahenten genau überein?

§. 4.

Selbst aber unsere Gesetze verordnen auch, daß in den Kontrakten, in welchen die Gewähr muß geleistet werden, derjenige, der eine Sache verkauft, vertauscht u. s. w. auch schuldig sey, bey einem über diese Sache entstandenen Rechtsstreite den andern zu vertreten, ihm beyzustehen und zu vertheidi-

gen

gen p). Ist er zu diesem verbunden, ist er schuldig, dem andern die verkaufte oder vertauschte Sache so zu liefern, als er sie ihm verkauft oder vertauscht hat; so scheint hier auch die Frage leicht zu entscheiden zu seyn: auf wessen Kosten der Verkäufer vertreten müsse? Wenigstens stimmt die Entscheidung doch mit der Natur der Sache am meisten überein, nach welcher der Verkäufer auf seine Kosten dazu verbunden zu seyn, schuldig gehalten wird. — Würde wohl jemand eine Sache auf diese Weise kaufen, eintauschen, oder auf andere Art an sich bringen, wenn er den jetzt darüber entstandenen Proceß vorher gewußt hätte? Würde er wenigstens nicht darauf gedrungen haben, daß dieser vorher erst sollte ausgemacht werden? Und da nun dieser Proceß nachher angestellt wird, muß denn also auch nicht der erste Besitzer der Sache ihn nunmehr ausmachen, und dem andern die Kosten, die er davon hat, ersetzen? — Wollte man ihn hievon freysprechen: so würde auf diese Weise nicht nur mit der Anschaffung eines andern Sache immer vieler Nachtheil verbunden seyn, sondern es würde auch oft dieser

p) *L.* 74. §. 2 *ff. de eviction.* Mota quaestione, interim non ad pretium restituendum, sed ad rem defendendam venditor conveniri potest. *L.* 20 *et* 21 *C. eod. tit.*

ser für Kosten mehr ausgeben müssen, als ihm die ganze Sache werth wäre; und dies würde doch nicht nur unbillig, sondern offenbar ungerecht seyn q).

§. 5.

Allein, so großen Grund diese Meynung für sich hat: so fehlt es doch der gegenseitigen gewiß nicht an Vertheidigern r) und Gründen. Wir wollen diese so anführen, wie sie in obigem Rechtsstreite vom Gegentheile vorgebracht wurden.

Dieser glaubte aus verschiedenen Gründen zur Ersetzung der auf die vertauschte Sache verwandten Proceßkosten nicht verbunden zu seyn; ob er gleich sonst nicht in Abrede stellen konnte, daß er jenes Land zugleich mit der anklebenden Gerechtigkeit vertauscht habe.

Er

q) Unserer Meynung sind: *Gomez* Variae resolut Tom. 2. cap 2. n 47. *Burgundus* de eviction. Cap. 94. *Fachineus* contr. iur. Lib. 2. cap. 39. *Cocceji* Jus contr. tit. de evictionib. qu 2. in fine. *Leyser* sp 87. med. 6. Fredersdorf Justiz-Beamter, Band 1. Th. 2. Kap. 56. §. 8. *Huber* praelect. iur. civ. Tit. de evict. §. 17.

r) *Struv* ex. 27. §. 18. *Voet* ad ff. tit. de eviction § 25. *Perez* ad Cod. eod. tit. n 0. *Stryk* Us. mod. eod. tit §. 49. *Pufendorf* Tom. 2. obs. 35. §. 19 seqq.

Er meynte, derjenige, der eine Sache vertausche oder verkaufe, brauche weiter nichts, als die Sache selbst dem andern zu überliefern; wenn dieses geschehen, so sprächen ihn die Gesetze s) von jeder andern Verbindlichkeit frey. Da nun in diesem Falle dem andern durch Urtheil und Recht jene verlangte Gerechtigkeit auf diese Sache zuerkannt worden; so hätte er nunmehr auch alles, was er zu fordern berechtigt sey.

§. 6.

Es ist freylich der Verkäufer so wohl, als ein anderer, der eine Sache vertauscht, schuldig, dem andern die Sache versprochener und abgeredeter Maaßen zu übergeben: allein hieraus folgt noch nicht, daß er dadurch von der andern Verbindlichkeit frey sey, die auf diese von einem Dritten in Anspruch genommene Sache, verwandte Proceßkosten zu ersetzen. Vielmehr folgt dieses aus jenem ganz natürlich. Denn man kann doch nicht sagen, daß man eine Sache so, wie abgeredet ist, besitze, wenn noch darüber von einem andern Streitigkeiten können erhoben werden. So bald aber diese beygelegt sind, und so unser Recht ausser Zweifel gesetzt ist, alsdenn ist jener Satz richtig. Freylich war die-

s) L. 11. §. 18 ff. de act. emt. vend. L. 18. in fin. C. de eviction.

dieses in unserm angenommenen Falle auch durch Urtheil und Recht ausgemacht: allein doch nicht ohne Kosten des Besitzers; und da nun diesen zu vertreten, derjenige schuldig ist, wovon man die Sache erhalten hat, so muß er auch natürlicher Weise die Kosten ersetzen.

Selbst die in der Note y) gegenseits angeführte L. 18. in fin. C. de eviction. sagt in den Worten: *Quod si fuisse servum sententia declaraverit, intelligis ad venditorem te reverti non posse,* nicht das Gegentheil von unserer Meynung, da hier von den Kosten, die auf den Proceß verwandt sind, gar nicht geredet wird. Dieses Gesetz sagt nur so viel: wenn ein als Sklave verkaufter Mensch für frey erklärt würde, so könne der Käufer die Gewährleistung fordern; falls er aber für einen Sklaven erklärt würde, so könne ers nicht. Der Zweifel von der Entscheidung dieses letztern Falls liegt darin, weil hier nachmal der Stand (status) dieses Menschen konnte untersuchet werden. Eigentlich hätte also die Untersuchung und die Entscheidung davon vorher müssen abgewartet werden. — Allein will man dieses Gesetz auch gleich nicht so verstehen, so kann man es doch auf keine Weise von der Kostenerstattung, und in wie weit diese vergütet werden müssen, erklären. Es würde in diesem

Falle

Falle sonst doch wohl etwas davon erwehnt seyn.

§. 7.

Ferner konnte das Vorgeben hier von keiner Erheblichkeit seyn: als wenn nach geschlossenem Tausche aller Schade und Vortheil dem jetzigen Besitzer zufalle. Es ist diese Regel freylich sonst richtig: allein nicht in dem Falle, wenn der Grund davon schon vorher wirklich da gewesen ist. Denn hätte der erste Besitzer jene Servitut, die diesem Grundstücke anklebte, vorher ausüben wollen; so würde er eben so gut einen Rechtsstreit darüber zu erwarten gehabt haben, und die damit verknüpften Kosten tragen müssen. Er ist, dieses zu thun, also auch jetzt verpflichtet, da er dem andern mit jener Gerechtigkeit das Grundstück vertauscht und übergeben hat.

§. 8.

Endlich stehet der dießseitigen Meynung auch nicht die L. 51. pr. ff. de eviction. entgegen. Es heißt darin: *Si per imprudentiam iudicis, aut errorem, emtor rei victus est, negamus auctoris damnum esse debere: aut quid refert sordibus iudicis, an stultitia res perierit? iniuria enim quae fit emtori, auctorem non debet contingere.* Hier ist nur die Rede davon, wenn durch die Schuld des

Richters die Sache verlohren geht, entweder wegen seiner Unwissenheit oder dessen Irrthum, oder wenn sonst nicht rechtmäßig verfahren ist. In unserm Falle aber fehlte dies alles. Denn hier war die verlangte Servitut dem Besitzer des Grundstücks wirklich zuerkannt, auch ihm durch die Vergleichung der Kosten kein Unrecht geschehen, da der andere immer vielen Grund zu dem angefangenen Rechtsstreite gehabt hatte. Jenes Gesetz passet hier also gar nicht auf die hier vorgetragene Streitfrage.

Da nun die Gesetze selbst die gegenseitige Meynung wenig oder nichts unterstützen, auch von diesem Falle nichts Entscheidendes enthalten: so konnte auch, wenn man nur blos auf die Intention der Partheyen, und eine gesetzmäßige Billigkeit Rücksicht nimmt, in obigem Rechtsstreite der Litis-Denunciat von der Kostenvergütung nicht losgesprochen werden.

Hundert und vierte Meditation.

Wer einem eine Forderung, die er an einem dritten hat, cedirt, der braucht nur dafür zu stehen, daß sie richtig, nicht aber, daß sie gut, und leicht einzufordern sey.

§. 1.

In wie weit jemand schuldig sey, bey der Cession oder dem Verkauf einer Forderung, die man an einem Dritten hat, die Gewähr zu leisten; ob man nur blos für die Richtigkeit derselben, oder auch dafür zu stehen brauche, daß sie gut, auch leicht und ohne viele Umstände einzufordern; überhaupt, daß der Schuldner in guten Vermögensumständen sey, und leicht bezahlen könne? Diese Frage ist in der That immer desto wichtiger, je häufiger ein solcher Fall sich ereignen kann. Wir behaupten, daß derjenige, der eine Forderung cedirt oder verkauft, nur allein für ihre Richtigkeit, daß er nemlich eine solche Schuld wirklich mit Recht einzufordern habe, einzustehen schuldig ist; nicht aber, daß

sie

sie auch leicht und geschwind vom Schuldner zu erhalten sey t).

§. 2.

Wenn wir aber jenen Satz annehmen und behaupten; so sagen wir dadurch nicht, daß es auch nicht Fälle geben könne, wo derjenige, der eine Forderung cedirt oder verkauft, auch zu jenem mit verbunden sey: daß er also auch eine gute und leicht einzufordernde Schuld gewähren müsse; denn hiezu würde er immer verbunden seyn, so wohl wenn er hinterlistig dabey zu Werke gegangen, und nur gesucht hätte, den Cessionarius oder Käufer zu hintergehen und anzuführen, als auch, wenn unter ihnen ausdrücklich ein anders ausgemacht, und eine gute und leicht einzufordernde Schuld versprochen wäre: — sondern wenn dieses alles bey der Cession oder dem Verkauf einer Forderung fehlt, alsdenn glauben wir, daß von Seiten des Cedends

t) *Carpzov* P. 2. const. 34. def. 26, 27. *Mevius* P. 1. dec. 93. *Struv* ex. 27. §. 23. *Vinnius* sel. iur. quaest. Lib. 2, cap. 8. pag. 406. *Berlich* P. 2. dec. 290. *Sande* de cess. action. Cap. 9. n. 18 seqq. *Cocceji* Jus contr. Tit. de eviction. q:1. 15. *Stryk* Caut. contr. Sect. 4. Cap. 2. §. 6. *Leyser* sp. 199. med. 3. *Hellfeld* Jurispr. for. Tit. de hered. vel act. vend. § 1023. Gmelin von Aufsätzen über Verträge. §. 130.

dens oder des Verkäufers nur blos eine richtige Forderung brauche gewähret zu werden.

§. 3.

Wir wollen, um unsern Satz zu beweisen, gleich die Gesetze selbst, darin er gegründet ist, anführen, die jeden alsdenn leicht von der Richtigkeit unserer Behauptung überführen werden. Sie sagen es deutlich, daß derjenige, der eine Forderung cedire oder verkaufe, nur dafür zu stehen brauche, daß wirklich die Schuld da sey, nicht daß sie leicht könne eingefordert werden, oder der Schuldner gutes Vermögen besitze, und bald bezahlen könne. Hievor soll er nur einstehen, falls er hinterlistig und betrüglich gehandelt hat, oder falls ein anders ausgemacht ist. So redet die *L.* 74. §. 3. *ff. de eviction.* und eben so die *L.* 4. *ff. de hered. vel. action. vend.* Ersteres Gesetz enthält folgendes: *Qui nomen, quale fuit, vendidit,* DUNTAXAT UT SIT, NON UT EXIGI ETIAM ALIQUID POSSIT, *et dolum praestare cogitur.* Letzteres aber sagt: *Si nomen sit distractum, Celso libro nono digestorum scribit:* LOCUPLETEM ESSE DEBITOREM NON DEBERE PRAESTARE; DEBITOREM AUTEM ESSE PRAESTARE, *nisi aliud convenit.*

Diese Gesetze enthalten, wie jeder zugeben muß, die Entscheidung jener aufgeworfenen

fenen Frage, und ſtimmen auch ſo genau mit unſerer Meynung überein, daß wir wegen ihrer großen Deutlichkeit uns länger bey einer Erklärung darüber aufzuhalten, für überflüſſig und unnöthig halten.

§. 4.

Dieſe Geſetze könnten alſo zum Beweiſe unſers Satzes immer hinreichend ſeyn, wenn wir nicht noch andere Gründe hätten, die für uns redeten. Denn ſo muß derjenige, dem eine Schuld abgetreten oder verkauft iſt, nicht nur ſolche auf ſeine Gefahr einfordern u); ſondern er trägt auch allein allen Schaden und Vortheil v). Geht alſo nun die Schuld nachher durch einen Zufall verlohren, an dem der Cedens oder Verkäufer keine Schuld iſt, oder muß der Ceſſionarius oder Käufer auf die Einforderung dieſer Schuld Koſten wenden,

u) *L.* 96. §. 2 *ff. de ſolut.* Soror, cui legatum ab herede fratre debebatur, poſt motam legati quaeſtionem tranſegit, ut nomine debitoris contenta legatum non peteret: placuit, quamvis nulla delegatio facta, neque liberatio ſecuta eſſet, *tamen nominis periculum ad eam pertinere.* L. 17. in fin. ff. de pet. hered.

v) *L.* 31 *ff. de action. emt.* — — Actiones autem eas non ſolum arbitrio, ſed etiam periculo tuo tibi praeſtare debebo, *ut omne lucrum ac diſpendium te ſequatur.*

den, und der Bezahlung einige Zeit nachsehen; so ist dieses sein Schade, den er allein stehen und tragen muß, ohne daß er dafür Vergütigung verlangen könnte.

§. 5.

Dem ersten Anscheine nach, sollte man vielleicht wohl glauben, daß es in der That hart und unbillig sey, wenn der Cessionarius oder Käufer den Schaden, welchen er wegen der cedirten Forderung hat, allein tragen sollte, ohne Vergütigung dafür zu erhalten; weil er doch jene Forderung wirklich erkauft habe, und daher auch der Verkäufer hier, so wie beym Verkauf anderer Sachen, für eine baldige und leichte Einforderung der Schuld einzustehen schuldig sey. Allein jener Satz läßt sich in der That keiner Unbilligkeit beschuldigen, so bald man nur die Sache selbst in eine etwas genauere Erwägung zieht. Wer ist die Ursach davon, daß jene cedirte oder verkaufte Schuld nicht so leicht und bald kann eingefordert werden, als es der Cessionarius oder der Käufer wünscht? Der Cedens oder Verkäufer gewiß nicht, denn dieser muß bey der Abtretung oder dem Verkauf der Forderung ohne Hinterlistigkeit und Betrug zu Werke gegangen seyn, wie wir dieses hier immer voraussetzen. Der Cessionarius oder Käufer freylich oft auch wohl nicht, falls er nicht saumselig in Einforderung derselben ge-

wesen ist: allein ihm ist doch das meiste hierin beyzumessen, weil er nicht Vorsichtigkeit genug angewendet, und sich vorher um des Schuldners Umstände genauer erkundigt hat. Hat er also hierin seiner Pflicht verfehlet, hat er nicht die Vorsicht gebraucht, die ein jeder achtsamer Mensch doch sonst gewöhnlich anwendet: so muß er es nun auch sich selbst beymessen, wenn er jetzt grössern Schaden leidet, als er bey mehrerer Klugheit und Vorsicht würde gelitten haben x).

§. 6.

Wenn unsere Meynung so genau mit den Gesetzen übereinstimmt, und in ihnen so deutlich gegründet, auch selbst der Billigkeit nicht zugegen ist: so wird es auch leicht seyn, die dawider gemachten Einwürfe y) zu heben und zu widerlegen. — Es ist wahr, der Verkauf einer Sache ist ungültig, und kann nicht bestehen, wenn zur Zeit des Verkaufs die Sache nicht mehr existiret z): allein daraus zu schliessen, daß deswegen auch die Cession einer Schuld ungültig sey, wenn sie nach-

x) *L.* 19 *ff. de reg. iur.* Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus, conditionis eius.

y) *Walch* introd in controv. iur. Sect. 3. cap. 4. membr. 4. Subs. 1. §. 4.

z) L. 57 ff. de contr. emt.

nachher nicht kann eingefordert werden, etwa weil nach der Cession der Schuldner an seinem Vermögen Schaden gelitten hat, ist ohne allen Grund. Dieser Schluß würde nur alsdenn richtig seyn und gelten können, wenn zur Zeit der Cession gar keine Schuld da gewesen wäre, und in diesem Falle würde sie freylich nicht bestehen; allein wenn zu der Zeit die Schuld existirt, auch wirklich richtig ist: so läßt sich jenes nicht im geringsten annehmen.

Beyde Fälle sind also sehr verschieden: dort wird zum voraus gesetzt, daß die Sache nicht mehr da ist, die verkauft wird; hier aber nehmen wir an, daß die Schuld wirklich existire, die cedirt worden.

§. 7.

Mit eben so wenig Grunde, wie voriges Argument auf unsern Fall angewandt wurde, läßt sich auch aus der *L.* 41. §. 3. *ff. de iure dot.* etwas wider unsern angenommenen Satz behaupten. Jenes Gesetz enthält folgendes: *Si a debitore mulieris, sub conditione dos promittatur; et postea, sed antequam maritus petere posset, debitor solvendo esse desierit: magis, periculum ad mulierem, pertinere, placet. nec enim videri maritum nomen secutum eo tempore, quo exigere non poterit. Quod si iam tunc debitor, cum sub*

conditione promitteret, ſolvendo non fuerit: periculum viri eſſe, quod ſciens tale nomen ſecutus videretur, quale initio obligationis fuerit.

Hierin wird nur geſagt, daß in dem Falle die Frau die Gefahr des Brautſchatzes tragen müſſe, wenn vor der Zeit, ehe ihn der Mann hat einfordern können, der Schuldner, der ihn verſprochen hat, nicht mehr bezahlen kann. Im Fall er aber ſchon damals nicht mehr im Stande zu bezahlen geweſen iſt, als er den Brautſchatz unter einer gewiſſen Bedingung verſprochen, und der Mann dieſes gewußt hat: ſo müſſe der Mann den Schaden und die Gefahr tragen.

§. 8.

Dieſes Geſetz enthält nichts, was ſich nur irgend auf unſern Fall anwenden ließe. Denn erſtlich iſt hier von einer, unter einer gewiſſen Bedingung verſprochenen Schuld die Rede, die alſo nicht eher, bis die Bedingung entſteht, kann eingefordert werden. Wird daher der Schuldner vor der Bedingung inſolvent, ſo kann auch der Ceſſionarius oder Käufer einer ſolchen Schuld, — oder wie hier der Mann, — den Schaden und die Gefahr davon nicht ſtehen, auſſer wenn er dieſes vorher ſelbſt gewußt hat. Fürs andere aber läßt ſich aus dieſem Geſetze nicht

schließen, daß jemand die Gefahr von einer cedirten oder verkauften Schuld alsdenn nicht zu tragen nöthig habe, wenn er nicht gewußt hat, daß der Schuldner kein guter Bezahler sey; weil der Mann auch davon frey gesprochen worden, da er nicht gewußt, daß derjenige, der den Brautschatz versprochen hat, nicht zu bezahlen im Stande gewesen.

Der Mann konnte nach jenem Gesetze die Gefahr des Brautschatzes nicht tragen, theils weil die Frau Eigenthümerin davon ist; theils aber auch, weil der Brautschatz unter einer gewissen Bedingung dem Manne versprochen war, und der Schuldner vor erfüllter Bedingung insolvent wurde. Wir haben hier aber bey der Cession einer Forderung mit keiner Bedingung, unter welcher sie nur darf ausgezahlt werden, zu thun. Ist hier auch eine Zeit festgesetzt, und wird vor Ablauf dieser Zeit der Schuldner insolvent, so ließe sich noch eher daraus etwas hernehmen: aber da wir hievon nicht reden, so paßt jenes Argument auch gar nicht hieher.

§ 9.

Ferner kann man auch aus der *L.* 22. §. 2. *ff. sol. matr. dos quemadm. pet.* a) keinen

a) Si mulier, soluto matrimonio egentem reum dotis per novationem decepta accipiat, nihilominus actio dotis ei manebit.

nen Grund wider die dießseitige Meynung hernehmen, und daraus den Schluß machen, daß weil hier bey der Novation oder Delegation, die Frau die Gefahr des Brautschatzes nicht trägt, also auch bey der Cession der Cessionarius diese noch weit weniger zu stehen nöthig habe. — In diesem Gesetze wird nicht aus jenem Grunde die Frau davon freygesprochen, die Gefahr des Brautschatzes zu tragen, weil hier eine Novation vorgegangen, sondern weil sie wirklich dabey hintergangen ist: wie aus den Worten: *egentem reum dotis per novationem* DECEPTA *accipiat*, genug ersichtlich ist. Ist aber dieses, ist jemand bey der Cession oder dem Verkauf einer Forderung hinterlistig angeführt: so ist auch gar kein Zweifel, wie wir schon oben erinnert haben, daß alsdenn der Cedens oder Verkäufer für alles einstehen, und jene abgetretene Forderung immer gewähren müsse.

§. 10.

Alle diese Gesetze lassen sich also, wie wir gesehen haben, auf unsern Fall gar nicht anwenden, und stehen auch den für unsern Satz angeführten Gesetzen nicht entgegen. Und wenn denn auch gleich in allen contractibus onerosis die Gewähr muß geleistet werden, eine Cession oder Verkauf einer Forderung auch unter jenen Kontrakten mit begrif-

griffen ist; so folgt daraus doch gar nicht, daß bey der Cession die Güte und baldige Einforderung der Schuld müsse gewähret werden. Denn so bald die Schuld richtig ist, und derjenige, dem sie abgetreten oder verkauft worden, sich nicht eine gute und leicht einzufordernde Schuld bedingt, auch der sie abtritt, nicht hinterlistig und betrüglich gehandelt hat: so sind von dieses seiner Seite die Vorschriften der Gesetze völlig erfüllt, und er ist daher, wenn auch künftig gleich jene Schuld sollte verlohren gehen, oder nicht so leicht und gut, wie gewünscht, eingefordert werden können, von allen Ansprüchen nunmehro gänzlich frey.

§. II.

Zur fernern Erläuterung der von uns abgehandelten Frage, wird es nicht wenig beytragen, wenn wir hier die Gründe eines Urtels einrücken, nach welcher der Cessionarius für schuldig erkannt wurde, die ihm zur Befriedigung seiner an die Cedenten gehabten Forderung mit abgetretenen Buchschulden, für voll anzunehmen. — Der Fall war kürzlich dieser. A. hatte an die beyden associirten Kaufleute B. und C. ein Kapital von 47000 Mrk. zu fordern, und hatte sich demnächst das zu L. und H. befindliche Waarenlager und die ausstehenden Buchschulden abtreten lassen. Unter diesen Buchschulden befand

befand sich ein großer auf mehr denn 16000 Mrk. sich belaufender Theil, der zwar an sich richtig, aber nicht gut war, und diesen wollte sich der Cessionarius nicht anrechnen lassen, wozu er aber, wie wir bereits bemerkt haben, in mehrern Instanzen für schuldig erkannt wurde.

§. 12.

Daß dieses Erkenntniß der Rechte völlig gemäß sey, werden die Entscheidungsgründe mit mehrern lehren.

Es heißt, in so weit solches diesen Punkt angeht, darin so:

„nächst dem der gemeine Schuldner Herrn Liquidanten zuförderst in der dem 10. Jun. 1771 vollzogenen in originali beygebrachten Urkunde sein gesammtes Waarenlager zu L. und Buchschulden, in der Massen abgetreten und verkauft hat, daß derselbe solches nach einem zu dem Ende zu errichtenden aufrichtigen und vollständigen inventario, und so weit dessen Werth nach den damaligen Meßpreisen reichen mögen, käuflich angenommen, und gleichergestalt den 21. Aug. 1771 in dem zwischen demselben und den creditoribus der H. massae concursus geschlossenem

Kon-

Kontrakte b) gedachtem Herren Liquidanten auch die ganze H. Konkursmasse, namentlich das grosse Waarenlager, der kleine Ausschnittladen und die gesammten Buchschulden, nach einem zu dem Ende errichteten inventario käuflich überlassen werde. Und dann eines Theils die gesammten ihm cedirten Waaren auf einen bestimmten Preis angesetzet, andern Theils aber die Waaren der gesammten Buchschuldner und die Summen ihrer Schulden deutlich bemerkt worden, in solchem Falle aber, wo eine universitas oder Schulden verkauft und abgetreten werde, nach den bewährtesten Rechtsgrundsätzen der Cedens nur de veritate, nicht aber de bonitate nominis die Gewähr zu leisten schuldig ist c).

§. 13.

Es kann hiebey auch nicht in Erwägung kommen, daß zur Zeit der geschehenen Cession unter den abgetretnen Buchschulden einige

b) In dem errichteten Cessionsdokumente heißt es: es überlassen und cediren sämmtliche Creditores dem A. die sämmtliche Fallitmasse jedoch absque periculo evictionis.

c) L. 4 et 3 ff. de hered. vel act. vend. *Mevius* de levam. inop. debitor. cap. 7. nr. 31 seqq.

einige böse Schuldner gewesen. Denn wenn die Schuld nur richtig ist, so ist der Cedens ausser aller Verantwortung, selbst denn, wenn auch gleich zur Zeit der Cession, Gefahr da war, daß die Schuld verlohren gehen könne b). Solche Grundsätze müssen denn im gegenwärtigen Falle ihre Anwendung um so mehr finden, da dem Herrn Liquidanten die Beschaffenheit der abgetretnen Schulden genugsam bekannt gewesen, und sogar von dem gemeinen Schuldner selbst einige Schuldposten als verdächtig in Anschlag gebracht werden; auch überdies die H. Creditores, Inhalts des Vergleichs desfalls sich mit keiner Evictionsleistung beladen wollen, und er gleichwohl die Waaren sowohl, als die specificirten Buchschulden, nach dem beygesetzten Preise und Summen auf Abschlag seines liquidirten Kapitals für voll angenommen hat.

§. 14.

Unter diesen vorliegenden Umständen kann also dem Herrn Liquidanten so wenig an den abgetretnen Schulden, als an den erhaltnen Waarenlagern, einiger Rabat oder Abzug zu machen den Rechten nach gestattet wer-

b) *Stryk* caut. contr. Sect. 4. cap. 2. §. 6 seq. *Lauterbach* Colleg th. p. Tit. de hered. vel act. vend. §. 43.

werden, da derselbe nicht einmal zu behaupten vermogt, daß unter den cedirten Schuldposten einige unrichtige gewesen sind, und also die veritas nominis ausser Zweifel ist. Ferner so viel besonders die abgetretenen Waaren anbelanget, so sind selbige dem Hrn. Liquidanten theils nach dem Meßpreise, theils nach dem Einkaufspreise angerechnet worden, wodurch er folglich einen ansehnlichen Vortheil erlangen mögen, in dessen Vergleichung ein und andere zur Zeit nicht eingegangene oder inexigibel gewordene Schuldposten nicht in Betrachtung gezogen werden können; und wenigstens bey einem solchem Verkauf einer universitatis, die, an der einen Sache erlittene, Einbuße mit dem an den andern gehabten Vortheile kompensiret werden muß.

§. 15.

Hiewider kann denn auch dem Hrn. Liquidanten nicht zu Statten kommen, daß er doch wenigstens bey dem Kaufe des L. Waarenlagers auf die Gewährsleistung nicht Verzicht gethan, indem eines Theils bey einem solchen Verkaufe ohnehin keine Eviction geleistet wird, wenn sie nicht ausdrücklich versprochen werden [e]), andern Theils aber, und wenn sie auch zugesagt worden wäre, selbige jeden-

e) L. 4 ff. de hered. vel act. vend.

jedennoch nur auf die veritatem, nicht aber bonitatem nominis sich erstrecket f).

Aus allen solchen Umständen leget es sich denn deutlich zu Tage, daß der von dem Herrn Liquidanten gemachte Abzug von ein Drittheil der Buchschulden, und 20 Procent der übernommenen Waarenlager den Rechten offenbahr zuwider laufe.

Hundert und fünfte Meditation.

Kinder sind schnldig, sich einander die Gewähr zu leisten, wenn ihr Vater sein Vermögen unter ihnen getheilt hat.

§. 1.

Bey einer jeden letzten Willensverordnung muß man, im Fall solche einige Dunkelheiten

f) Plane sola evictionis promissio id nondum efficit, quippe quum de veritate non de bonitate nominis intelligi et explicari par est; quod nempe emtor, vel cessionarius securus esse

ten enthält, und man bey Erklärung deſſelben einige Schwierigkeiten antrifft, immer ſo viel möglich auf den Willen und die Abſicht des Diſponenten Rückſicht nehmen, und hiernach jene Zweifel auflöſen, beſonders wenn die Geſetze ſelbſt hierin nichts gewiſſes beſtimmt haben. So ungewiß aber dieſes oft ſeyn kann, ſo hat man doch zuweilen keine andere Hülfsmittel, wozu man ſonſt ſchreiten könnte. — In unſerm Falle, wo nemlich die Frage iſt: ob Kinder bey der von ihrem Vater gemachten Theilung ſich auch die Gewähr unter einander leiſten müſſen, wenn er hierüber nichts verordnet und beſtimmt hat? — finden wir eben ſo wohl Schwierigkeiten genug, die die Entſcheidung derſelben ungewiß machen können.

Unſere Geſetze werden freylich von beyden Seiten zur Begründung der verſchiedenen Meynungen angeführt: allein jede Seite ſucht oft in ein und eben dem Geſetze, die Beſtimmung ihres Satzes zu finden, und eben deswegen, da die Geſetze ſelbſt nicht deutlich genug für eine Meynung entſcheiden, iſt dieſe Frage, in Anſehung der Gewährleiſtung

eſſe debeat, quod nemo ius aliquod in illud nomen praetendat. *Wernher* Tom. 2. part. 10. obſ. 420. *Carpzov* part. 1. conſt. 3. def. 22.

stung unter Kindern, von unsern Rechtsgelehrten so verschieden beantwortet worden.

§. 2.

Die dießseitige Meynung, nach der Kinder sich einander die Gewähr zu leisten schuldig sind, wenn ihr Vater eine ordentliche Theilung unter ihnen gemacht hat g), stimmet fürnehmlich mit dem Willen und der Intention des Vaters vollkommen überein, und hat auch hauptsächlich hierin ihren Grund.

Theilet der Vater oder die Mutter ihr Vermögen unter ihren Kindern, es mag dieses nun auf eine gleiche oder ungleiche Art geschehen seyn, so wollen sie auch, daß ihre Kinder nach ihrem Tode den ihnen zugeschriebenen Theil erhalten sollen. Ihr Wille ist also, daß dieser Theilung so viel möglich nachgekommen werde.

Wird nun ein Stück aus dieser Theilung evincirt, so kann die Willensmeynung der Eltern auf keine Weise gewiß besser befolget wer-

g) *Struv* ex. 15. §. 12. *Bachov ad Treutl.* Vol. 1. Disp. 19. th. 12. lit. d. *Schilter* ex. 20. §. 86. *Sande* dec. fris. Lib 4. tit. 11. def. 2. *Stryk* Us. mod. tit. famil. herc. §. 9. *Walch* Introd. in contr. iur. Sect. 3. cap. 6. §. 9.

werden, als wenn die übrigen Kinder hier den Werth davon ersetzen, und zu gleichen Theilen für den Schaden mit stehen.

Sollte ihn einer allein tragen, so würde alsdenn doch immer die gemachte Theilung dadurch am meisten umgestoßen werden; und dieses müssen wir doch, nach obigem zu urtheilen, so viel möglich, zu verhüten suchen.

§. 3.

Man wendet wider diesen Satz ein h), daß jene Vermuthung, die man aus der Willensmeynung hernähme, nicht bestehen könne, da so wohl die Gesetze ihr zugegen wären, als auch schon daraus das Gegentheil erhelle, daß bey Schenkungen die Gewähr nicht brauche geleistet zu werden i). Diesen letzten Grund ziehen die Gegner um deswillen auf unsern Fall, weil dasjenige, was den Kindern über ihren Pflichttheil vermacht ist, wie eine Schenkung anzusehen sey.

§. 4.

In wie weit die Gesetze, worauf sich die Gegenseite beziehet, uns entgegen stehen, wer-

h) *Gail* Lib. 2. obs. 116. n. 12. *Treutler* Vol. 1. Disp. 19. th. 12. *Menochius* de praesumt. Lib. 3. praes. 118 *Cocceji* Jus contr. Tit. famil. herc. qu. 11. et Tit. de evictionib. qu. 5.

i) L. 18. §. 3 ff. de donat.

werden wir nachher zu zeigen besser Gelegenheit haben. In Ansehung des andern Einwurfs aber: daß nemlich bey Schenkungen die Gewähr nicht geleistet werde, also bey einer Theilung der Eltern unter den Kindern auch nicht, — werden wir dessen unrichtige Anwendung auf unsern Fall bald erweisen können. Denn wird gleich bey simpeln Schenkungen die Gewähr nicht geleistet; so folgt daraus noch nicht, daß eben deswegen auch bey einer Theilung, die die Eltern unter ihren Kindern gemacht haben, diese wegfalle. Dieser Grund ließe sich in dem Falle gebrauchen, wenn einem von den Kindern allein etwas voraus vermacht wäre, denn hier würden die übrigen Kinder nicht nöthig haben, die voraus vermachte Sache zu gewähren: allein wenn das elterliche Vermögen ordentlich unter ihnen getheilt ist, wenn die Kinder bey dieser Theilung über ihren Pflichttheil bedacht sind: so sind sie auch schuldig, einer dem andern die Gewähr zu leisten, weil sonst der Wille der Eltern nicht gehörig würde befolget, ja demselben oft gerade zuwider gehandelt werden. Ueberhaupt aber kann man nicht behaupten, daß dasjenige, was einem Kinde über den Pflichttheil vermacht ist, eben so wie jede Schenkung anzusehen sey; denn das väterliche Vermögen gebühret doch, falls die Eltern nicht ein anders verordnet haben, allein den Kindern, und stehet

ihnen

ihnen also daran schon ein größeres Recht zu, als demjenigen, dem sonst etwas geschenkt ist. Zudem fehlt es ja auch nicht an Beyspielen, wo ein Erbe die hinterlassenen Legate, die doch noch weit eher, als eine Schenkung anzusehen sind, gewähren müsse [k]).

Der Grund und die Folge also, die man von Schenkungen auf unsern Fall nimmt, sind von keiner Erheblichkeit und gar nicht richtig.

§. 5.

So weit gründet sich unsere Behauptung in der Willensmeynung der Eltern; wir wollen daher jetzt die Gesetze selbst, die man so wohl von dieser, als der Gegenseite anführet, noch etwas näher prüfen. Die L. 77. §. ff. de leg. 2. enthält folgendes: *Evictis praediis, quae pater, qui se dominum esse crediderit, verbis Fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit; si tamen inter filios divisionem fecit, arbiter, coniectura voluntatis, non patietur, eum partes coheredibus praelegatas restituere, nisi parati fuerint, et ipsi patris iudicium fratri conservare.*

Hier sind zwey Fälle zu unterscheiden. Der erste ist: wenn von den Eltern einem von

k) L. 10. C. de legat. *Perez* ad Cod. Tit. de legat. n. 13. *Stryk* Us. Mod. tit. de evict. §. 7.

von den Kindern allein etwas voraus vermacht ist, alsdenn braucht die Gewähr wegen dieser Sache nicht geleistet zu werden. Der zweyte, wenn die Eltern eine ordentliche Theilung gemacht haben, und alsdenn muß sie geleistet werden. Auf den ersten Satz nun beziehen sich die Gegner: allein wir haben gesehen, daß darin nicht von einer Theilung die Rede ist, wie die Worte selbst deutlich zeigen: auf den andern die der dießseitigen Meynung zugethanen Rechtslehrer, und diese können auch immer eher einen Grund daraus hernehmen.

§. 6.

Dieses ist das Gesetz, welches uns die Gegenseite entgegen zu setzen pflegt. Mit wie vielem Grunde sie aber dieses thun kann, überlassen wir einem jeden selbst zu beurtheilen; nur glauben wir, daß dieses Gesetz der gegenseitigen Meynung gewiß den Ausschlag nicht geben könne. Denn nicht nur die von uns schon angeführten Gründe sind derselben gerade entgegen; sondern die *L.* 33. *ff. fam. erciſc.* redet auch nicht undeutlich für unsern angenommenen Satz. Sie sagt hievon: *Si paterfamilias ſingulis heredibus fundos legando, diviſionis arbitrio fungi voluit: non aliter partem ſuam coheres praeſtare cogetur, quam ſi vice mutua partem nexu pignoris liberam conſequatur.* Nehmen wir daher dieses alles zusammen, geben wir zu, wie wir doch

nicht anders können, daß nach dem Willen und der Absicht, die die Eltern bey der Theilung gehabt haben, die Gewähr von den Kindern unter einander müsse geleistet werden, und halten wir hiergegen die von der Gegenseite gemachte Einwürfe und ihre Gründe: so können wir gewiß nicht in Abrede stellen, daß die dießseitige Meynung allemal, selbst wenn wir auch die Gesetze bey Seite setzen, der gegenseitigen weit vorzuziehen sey.

Hundert und sechste Meditation.

Bey remuneratorischen Schenkungen muß die Gewähr geleistet werden.

§. 1.

So gewiß es sonst gleich ist, daß bey Schenkungen, der Regel nach, die Gewähr nicht braucht geleistet zu werden l); so glauben wir doch mit Grunde behaupten zu können, daß mit remuneratorischen Schenkungen sich die Sache ganz anders verhalte, und hier der Schenker so wohl, als dessen Erben allemal zur Gewährleistung verbunden sind m).

l) L. 19, §. ult. ff. de donat. L. 2. C. de evict.

m) *Carpzov* P. 2. const. 34. def. 24. *Struv* ex. 27.

Um unsere Meynung desto leichter erweisen zu können, werden wir vor allen andern nöthig haben, uns mit den renumeratorischen Schenkungen etwas bekannter zu machen, und einen richtigen Begriff davon vorauszusetzen.

§. 2.

Unter einer remuneratorischen Schenkung verstehen wir nicht eine solche Schenkung, die wegen jeder empfangenen Gutthat geschieht, sondern diejenige, welche ganz besondere Wohlthaten voraussetzet, zu deren Wiedervergeltung nicht blos Dankbarkeit, sondern auch überhaupt Pflicht und Schuldigkeit uns antreibt n). Nehmen wir diesen Begriff von remuneratorischen Schenkungen an; so muß man, wie uns dünkt, auch bald überzeugt werden, daß derjenige, der aus solchem Grunde einem etwas schenkt, allerdings schuldig sey, die Gewähr zu leisten.

§. 3.

Diese Schenkung ist in vielem Betrachte, von einer andern Schenkung verschieden, und

27. §. 17. *Richter* decis. 23. n. 6. *Lauterbach* coll. theor. pr Tit. de evict. §. 17. *Stryk* Us. mod. eod tit. §. 5. et de immunitate a praestanda evictione th. 5. *Wernher* part. 9. obs. 15. *Hellfeld* iurispr. for. Tit. de evict. §. 1119 *Wachtler* de evict. §. 27.

n) *Harpprecht* de differentiis donationis simplicis et remuneratoriae.

und kann daher auch mit ihr in keine Vergleichung gesetzt werden. Zu jener verbindet uns fürnehmlich die Pflicht der Dankbarkeit, zu dieser aber nichts; jene setzt eine besondere uns erzeigte Wohlthat zum voraus, diese aber sieht darauf nicht; jene hat endlich noch viele besondere Eigenschaften, die dieser fehlen. Denn so kann sie wegen der von dem Beschenkten begangenen Undankbarkeit, oder wenn der Schenker nachher Kinder erhält, nicht widerrufen werden; sie ist unter Eltern und Kindern, Mann und Frau erlaubt u. so w. o).

Nehmen wir diese Verschiedenheiten, die noch nicht einmal alle hier angemerkt sind, zusammen, und rechnen wir denn noch, wie einige Rechtsgelehrte p) wollen, hiezu, daß selbst derjenige, dem solche Wohlthaten und Dienste geleistet worden sind, die zur remuneratorischen Schenkung erfordert werden; selbst durch rechtliche Zwangsmittel zur Wiedervergeltung jener ihm erzeigten Gutthaten könne angehalten werden: so wird es keinem auch gewiß sonderbar vorkommen, warum man eben bey diesen Schenkungen die Gewährleistung verlangen will.

§. 4.

o) *Ludovici* us. pract. distinct. Tit. de donat. Dist. 1. *Leyser* sp. 436. med. 1.

p) *Franzkius* ad ff. Tit. de evict. n. 506. *Stryk* Caut. contr. Cap. 9. §. 3.

§. 4.

Wir müssen uns nur immer hier einen richtigen Begriff von diesen Schenkungen vorstellen, wenn wir die Richtigkeit unserer Behauptung und die Schwäche und Unwichtigkeit der dawider gemachten Einwürfe q) bald einsehen wollen. Es ist freylich wahr, unsere Gesetze enthalten die Entscheidung unserer Meynung nicht, so wenig wie die gegenseitige auch darin einen Grund finden kann: allein man kann doch aus ihnen r) so wohl, als auch aus dem, was wir bereits von dieser Art Schenkungen gesagt haben, die richtige Folge ziehen: daß man die remuneratorische Schenkung aus einem weit andern Gesichtspunkte betrachten muß, als eine andere simple Schenkung; und im eigentlichen Verstan-

q) *Cocceji* Jus contr. Tit. de eviction qu. 6. *Walch* introd. in contr. iur. Sect 3. cap. 3. membr. I. §. 8. Ueberhaupt kann man über diese Streitfrage folgende Streitschriften nachlesen: *Wunderlich* de evictione in donatione remuneratoria non praestanda. *Koch* Meditatio de evictione in donatione non indistincte praestanda, dissertationi: de evictione in donatione remuneratoria non praestanda, oppositа. *Wunderlich* Notata ad meditationem de evictione in donatione, non indistincte praestanda. *Koch* Dissert. de evictione in donatione non indistincte praestanda.

r) L. 27. L. 34. §. 1 ff. de donat. L. 10. §. 7 ff. de in rem verso.

stande keine Schenkung einmal kann genannt werden, da es mehr eine Wiedervergeltung der empfangenen Wohlthaten ist: also auch der Beschenkte, aus keinem lucrativen Erwerbungsgrunde das Geschenk besitzet.

§. 5.

Folgende Einwürfe sind daher falsch: daß, weil remuneratorische Schenkungen aus einer bloßen Freygebigkeit herrührten; sie aus gutem Willen geschähen und keiner dazu verbunden sey, auch überhaupt bey Schenkungen die Gewähr nicht brauche geleistet zu werden — daß um deswillen auch bey remuneratorischen Schenkungen, die Gewährleistung wegfalle. Im vorhergehenden haben wir schon genug diese Einwürfe gehoben, und das Gegentheil von dem, wofür man hier die remuneratorischen Schenkungen ausgiebt, gezeigt.

Nehmen wir in dem Verstande diese Schenkungen, daß wir jede erzeigte Wohlthat und Liebe dazu für hinlänglich halten, wie gewöhnlich die Ursach jeder simpeln Schenkung ist: so müssen wir freylich jene Einwürfe als richtig und hieher passend eingestehen: allein da wir einen ganz andern Begriff mit remuneratorischen Schenkungen verbinden, selbigen nicht so weit ausdehnen, wie man vielleicht gegenseits thut: so kann man jene von den Gegnern gemachte Einwürfe schlechterdings nicht auf unsern Satz

anwenden; sondern man muß vielmehr eingestehen, daß, der Lehre von der Gewährleistung gemäß, unsere Meynung in ihr selbst den vorzüglichsten Grund finde.

Hundert und siebente Meditation.

Bey dem eine Sache zur Verwahrung niedergelegt ist, der kann, im Fall er auf ihre Erhaltung Kosten verwandt hat, sie so lange zurückbehalten, bis ihm diese Kosten ersetzt sind.

§. 1.

Derjenige, der bey einem seine Sache in Verwahrung giebt, hat auch das Recht, solche, wenn es ihm beliebt, wieder zu fordern; und der andere darf unter keinerley Vorwand solche zurückbehalten. Es kann sich aber oft zutragen, daß jemand auf die in Verwahrung gehabte Sachen, Kosten verwandt hat, und zwar solche Kosten, die zur Erhaltung der deponirten Sache unumgänglich nöthig waren: soll nun in diesem Falle auch der Depositarius das Recht haben, diese deponirte Sache zurückzubehalten, bis ihm solche vom Deponenten ersetzt sind? oder muß er sie ihm, so bald er es verlangt, wieder zurückgeben?

§. 2.

§. 2.

Dem ersten Anscheine nach, möchte es freylich wohl scheinen, wie auch von einigen wirklich behauptet wird s), daß beym Depositum die Zurückbehaltung gar nicht statt finde.

Es werden nicht nur in unsern Gesetzen alle Einreden wider die Zurückgabe des Depositum verworfen, auch selbst, wie es scheint, die Retention nicht verstattet t); sondern die Ge-

s) *Hahn ad Wesenb.* tit. depositi n. 5. *Lauterbach* comp. ff. eod. tit. pag. 283. et in diss. de retentione th. 24. *Zoesius* ad ff. tit. depositi n. 29. *Carpzov* Decis. illustr. P. 2. dec. 141. n. 17. 18. *Martini* Comment. forens. ad process Tit. 42. §. 1. n. 12. *Reinharth* ad Christ. decis Vol. 3. obs. 22. nr. 18. *Hellfeld* Jurispr. for. §. 944. Claproth Rechtswissenschaft der Verträge und Contrakte, Th. 2. §. 198. Köchy Meditat. 1. B. Nr. 25.

t) *L.* 11. *C. depositi.* Si quis vel pecunias, vel res quasdam per depositionis acceperit titulum: eas volenti ei qui deposuit, *reddere illico modis omnibus compellatur*, nullamque compensationem, vel deductionem, vel doli exceptionem opponat; quasi et ipse quasdam contra eum qui deposuit. actiones personales, vel in rem vel hypothecariam praetendens: cum non sub hoc modo depositum acceperit, *ut non concessa ei retentio generetur, et contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur* — *Cap.* 2. *X. de deposito.* — — Sane depositori licuit

Gesetze u) haben noch überdem dem Depositarius eine Klage gegeben, wodurch er die auf die deponirte Sache verwandten Kosten wieder fordern kann. Hat er also, um diese wieder zu erlangen, eine Klage; so ist es auch, wie man Gegenseits glaubt, nicht zu vermuthen, daß ihm die Gesetze wegen dieser Kosten die Retention sollten zugestanden haben, besonders da sie in allen Stellen darauf dringen, daß der Depositarius die deponirte Sache, ohne einigen Aufenthalt, nach Belieben des Deponenten wieder zurückgeben sollte.

§. 3.

Jene Gründe aber sind bey näherer Prüfung nicht von der Beschaffenheit, daß daraus jene aufgeworfene Streitfrage könnte entschieden werden. Wir glauben vielmehr, daß wir ungeachtet derselben leicht im Stande sind, jene Gründe zu widerlegen und unsern Satz zu behaupten x).

Die

cuit pro voluntate sua depositum revocare, contra quod compensationi vel deductioni locus non fuit, ut contraatus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam minime referatur. *L. ult. C. de comp.*

u) L. 5. pr. ff. depositi.

x) *Bachov ad Treutl.* Vol. I. Disp. 26. th. 5. lit. C. *Mantica* de tacit. convent. L. 10. tit. 10. n. 24. *Vinnius* sel. iur, quaest, Lib. I. qu. 51. *Struv* ex. 21. §. 44. *Schilter* ex. 28. §. 60. *Lynker* de privileg. depositi §. 23.

Die oben angeführte *L.* 11. *C. depos.* redet nicht von unserm Fall. Es wird darin freylich der Retention erwehnet: aber nicht derjenigen, die wegen der auf eine Sache verwandten Kosten geschieht. Eine solche Retention, wozu der Grund in der Sache selbst liegt, wie hier wegen der Kosten, ist darin nicht untersagt; sondern nur diejenige, die aus einer ganz von der Sache verschiedenen Ursache, z. B. wenn der Deponent etwa ein Darlehn schuldig seyn sollte, — herrühret, nur diese ist in allen Fällen nicht erlaubt. Die Worte des Gesetzes geben dieses deutlich zu verstehen, denn der Ausdruck: *et contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur*; kann im geringsten nicht darauf gezogen werden, wenn jemand wegen angewandten nöthigen Kosten nur blos sucht, schadlos gehalten zu werden z). Hier bedient sich ein solcher nur desjenigen Mittels, wodurch er am leichtesten und geschwindesten zu den Seinigen kommt; er handelt also hierin gar nicht wider Treue und Glauben.

§. 4.

23. *Stryk* Us. mod. Tit. depositi §. 9. *Cocceji* Jus contr. eod. tit. qu. 13. *Boehmer* de iure retentionis. §. 13. *Walch* introduct. in contr. iur. civ. recent. Sect. 3. cap. 4. membr. 1. §. 2. *Hering* de retentione in depositio licita. *Heisler* de jure retentionis. Diese sind dießseitiger Meynung.

z) *Mevius* P. 2. dec. 56. n. 3.

§. 4.

Der andere gegenseitige Grund ist zwar an und für sich richtig; nehmlich, daß dem Depositarius gegen den Deponenten schon von den Gesetzen eine Klage gegeben sey, wodurch er die angewandten Kosten wieder einfordern könne, und daher durch dieses Mittel hinlänglich gesichert sey. Allein es ist falsch, daß ihm deswegen die Zurückbehaltung der bey ihm deponirten Sache bis nach geschehener Kosten-Erstattung verboten sey. Eins fließt ja gar nicht aus dem andern; denn wir haben auch sonst Fälle genug, wo die Gesetze einem mehr, als ein Rechtsmittel gegeben haben, wodurch man zu den Seinigen gelangen kann. Zudem ist die Retention das leichteste Mittel hiezu, und nie mit so vielen Schwierigkeiten verknüpft, als eine gerichtliche Klage. Es ist daher auch niemanden zu verdenken, wer hier aus mehrern Mitteln das ihm bequemste und für ihn vortheilhafteste nimmt.

§. 5.

Endlich will auch jener Grund deswegen nichts sagen, da man gemeiniglich in den Fällen, wo man durch eine Klage seine auf eine andere Sache verwandten Kosten einfordern kann, die Sache selbst auch zu seiner Sicherheit, bis diese ersetzt sind, zurückbehalten kann a). Wir

a) L. 18. §. ult. ff. commod.

Wir sehen hieraus, wie wenig Grund die gegenseitige Meynung hat, und wie wenig Anwendung die vorher angeführten Gesetze darauf leiden. Wir wollen also jetzt nur noch kurz, ausser den bereits angeführten Gründen, die übrigen hier anzeigen.

§. 6.

Wenn die *L.* 11. *C. depositi*, woraus doch die Gegner fürnehmlich ihre Meynung erweisen wollen, uns gar nicht entgegensteht; wenn uns ferner von der Gegenseite aus keinem erheblichen Grunde ein Beweis gegeben werden kann, wodurch die dießseitige Meynung widerlegt wird: so gewinnen wir dadurch schon so viel, daß wir selbst aus dem Wesen und dem Grunde drr Retention unsern Satz erweisen können.

Diese beruht fürnehmlich in der natürlichen Billigkeit und der einem jeden zustehenden Selbsthülfe, sich auf eine erlaubte Art, so gut wie man kann, zu dem Seinigen zu verhelfen.

Haben die Gesetze nun in diesem Falle demjenigen, bey dem eine Sache in Verwahrung niedergelegt ist, dieses Recht nicht genommen: so können wir ihn auch desselben nicht berauben, sondern müssen ihm dieses vielmehr, so viel möglich zugestehen.

§. 7.

Wir reden hier aber nur blos von dem Falle, wenn die Gesetze keine Ausnahme gemacht

macht haben; nemlich, wenn der Depositarius nöthige Kosten auf die deponirte Sache verwandt hat; denn im andern Falle, wenn die Gesetze ein anders verordnet haben, würde selbst die natürliche Billigkeit diesen nachstehen müssen.

Hat nun der Depositarius solche Verbesserungen an der deponirten Sache gemacht, ohne welche die Sache würde ganz verlohren gegangen seyn, oder doch großen Schaden gelitten haben: so würde dem Deponenten hier die exceptio doli offenbar entgegen stehen, wenn er sich zu der Ersetzung solcher Kosten, die augenscheinlich zu seinem Nutzen gemacht sind, weigern sollte. Wollte man ihn nun hierin begünstigen, und dies würde doch geschehen, wenn man dem Depositarius die Retention der deponirten Sache absagen wollte; so würde dadurch dessen bösliche Absicht und Wille fortgeholfen, und daher offenbar wider die Gesetze und natürliche Billigkeit gehandelt werden. Der Depositarius könnte freylich, vermittelst der ihm von den Gesetzen gegebenen Klage zu dem Seinigen kommen: allein wie schwierig ihm das kann gemacht werden, besonders wenn er hier mit einem Mächtigern zu thun hat, wird ein jeder selbst bald einsehen, und daher zugeben müssen, daß es nicht allein einem darum zu thun sey, wie er zu dem Seinigen komme; sondern auf welche Art, durch leichte oder schwierige Mittel, er solches erhalte.

Hun-

Hundert und achte Meditation.

Nicht blos der Kläger, sondern auch der Beklagte kann einen verdächtigen Richter, vermittelst des iuramenti perhorrescentiae recusiren.

§. 1.

So bald ein gegründeter Verdacht wider den Richter entstehet b), daß er den einen Theil mehr als den andern begünstige, so bald ist auch eine hinlängliche Ursache vorhanden, denselben zu recusiren. Es gehöret nicht zu unserm Zwecke, die Ursachen selbst, wodurch ein Richter verdächtig wird, hier anzugeben c), nur bemerke man die Regel: daß

b) Wenn in einer Sache ein Commissarius ernannt ist, so kann auch dieser, so bald ein hinlänglicher Verdacht wider denselben eintrit, recusiret werden. Der rekusirende Theil hat aber nicht nöthig, sich zu dem iuramento perhorrescentiae zu erbiethen, oder die Ursachen des Verdachts zu erweisen, sondern es ist genug, wenn er nur wahrscheinliche Ursachen anführt. Estor in Gemeinen und Reichsprozeß, §. 2307.

c) Die Ursachen, weswegen ein Richter als verdächtig rekusiret werden könne, sind von uns in dem 5ten B. dieser Medit. Med. 282. §. 10. angezeigt.

daß man aus eben der Ursache, weswegen man einen Zeugen verwerfen kann, auch den Richter recusiren könne.

Ist nun wirklich ein Verdacht wider den Richter da, so kann auch der Kläger mit Uebergehung desselben, sich sogleich an den Oberrichter wenden, demselben die Ursachen des Verdachts vorstellen, und sich zu dem iuramento perhorrescentiae erbieten.

§. 2.

Das iuramentum perhorrescentiae aber ist derjenige Eid, wodurch man erhärtet, daß man nicht glaube, und dafür halte, der Richter werde einem wider den jetzigen Gegentheil gleiche und unpartheyische Gerechtigkeit wiederfahren lassen.

Ausser diesem Eide aber, wozu sich der Beklagte [b]) gleichfalls erbieten kann, stehet demselben noch die exceptio suspecti iudicis zu.

Diese Einrede kann der Beklagte entweder bey dem Richter selbst anbringen, in welchem Falle der Richter die Partheyen darüber ver-

b) *Stryk* intr. ad prax. for. cap. 9. §. 16. *Boehmer* J. E. P. Tom. 1. lib. 2. Tit. 2. §. 73. *Berger* elect. discept. for. lib. 2. pag. 353. *Wernher* part. 7. obs. 84. *Ludovici* Einl. zum civil Proc. Kap. 12. §. 6. G. L. *Boehmer* princ. iur. can. §. 663. *Helfeld* iurispr. for. Tit. de iud. §. 508. Fredersdorf Just. Beamt. B. 1. Th. 2. Kap. 6. §. 2.

verfahren, und alsdenn die Akten zum Spruch verschicken läßt: oder er kann sich auch sogleich an den Oberrichter wenden.

§. 3.

Aus dem Grunde also, weil der Beklagte durch diese Einrede genug gesichert, auch selbst jener Eid als ein ausserordentliches Rechtsmittel, so lange noch ein ordentliches da ist, nicht statt findet, endlich selbst auch das *cap.* II. *de rescr. in* 6. nur blos vom Kläger redet, haben einige Rechtsgelehrte [e]) den Beklagten zu jenem Eide nicht zulassen wollen. Allein alle diese Gründe erweisen das in der That nicht, und sind auch nicht hinreichend, den Beklagten von diesem Eide auszuschließen. Um das zu beweisen, wollen wir jene uns entgegenstehenden Gründe etwas näher betrachten.

§. 4.

Es ist wahr, die Worte des *cap.* II. *de rescr. in* 6. reden blos von dem Kläger; allein wir können uns um destoweniger so genau an die Worte dieses Kap. binden, da überhaupt der Beklagte in den Rechten vorzüglich begünstiget ist [f]), und dasjenige, was dem Kläger erlaubt, auch dem Beklagten erlaubt

e) *Mevius* part. 6. dec. 71. *Lauterbach* de juramento perhorrescentiac. *Rivinus* enunc. ad proceſſ. Saxon. Tit. 1. enunc. 3. *Reinharth* ad Christ. decis vel 6. obſ. 41. nr. 3.

f) *L.* 125 *ff. de reg. iur.* Favorabiliores rei potius quam actores habentur.

laubt seyn muß g). Wir werden dies noch mehr auſſer Zweifel ſetzen, wenn wir zeigen werden, daß überhaupt der Beklagte weit eher und leichter durch die Anerbietung und Abſtattung des iuramenti perhorreſcentiae, als durch die exceptio ſuſpecti iudicis die Recuſation des Richters bewirken könne.

§. 5.

Zu der exceptio ſuſpecti iudicis wird nicht blos erfordert, daß der Beklagte die Urſachen des Verdachts angebe, ſondern daß er ſolche auch erweiſe; wie ſchwer hält aber nicht oft letzteres. Allein ganz anders verhält es ſich mit dem iuramento perhorreſcentiae. Denn ob hier gleich nach der Meynung der meiſten Rechtsgelehrten h), der Beklagte die Urſachen des Verdachts angeben muß: ſo braucht er doch ſolche nicht zu beweiſen, weil hier der Eid die Stelle des Beweiſes vertritt. In dieſem Betrachte iſt alſo das iuramentum perhorreſcentiae ein weit vortheilhafteres Mittel, den Richter zu recuſiren, als die exceptio ſuſpecti iudicis, und daher kann man auch nicht ſagen, daß jener Eid als ein auſſerordentliches Rechtsmittel durch dieſe Einrede, in Abſicht des Beklagten, nicht ſtatt finde.

g) *L.* 41 *ff. de reg. iur.* Non debet actori licere, qnod reo non permittitur.

h) *Cocceji* J. C. tit. de iure iur. qu. 15. *Wernher* p. 5. obſ. 165. et part. 7. obſ. 84.

Hun-

Hundert und neunte Meditation.

Wer wissentlich eine Sache unter der Hälfte des wahren Werths verkauft, dem steht das remediuum L. 2. C. de resc. vend. nicht zu.

§. 1.

Ein jeder Kaufkontrakt kann, wie bekannt, wegen einer den Kontrahenten über oder unter der Hälfte des wahren Werths zugefügten Verletzung aufgehoben werden. Es giebt aber von dieser Regel gewisse und bestimmte Ausnahmen, unter welchen wir auch die rechnen, wenn der Verkäufer wissentlich seine Sache unter der Hälfte des wahren Werths verkauft hat i).

§. 2.

Wir können den Beweis dieses Satzes nicht nur aus ganz allgemeinen Grundsätzen, sondern auch selbst aus den klaren Worten der Gesetze herleiten.

i) *Carpzov* part. 2. const. 34. def. 3. n. 4. *Faber* error. prag. decad. 7. err. 8. *Struv* ex. 23 §. 88. *Stryk* caut. contr. Sect. 2. cap. 8. §. 28. *Lynker* dec. 721. *Hommel* Rhapsod. quaest. forens. obs. 5. n. 12. *Wernher* Tom. 1. part. 2. obs. 202. Grube rechtl. Bedenk. 3. Theil, 118. Bedenk. §. 7. *Hellfeld* Jurispr. for. §. 1030.

Mit dem Worte Verletzung verbinden wir allezeit den Begriff, daß solche, ifalls es eine Verletzung bleiben soll, einem unwissend und wider Willen sey zugefüget worden. Ist dieses nicht, ist es vielmehr unser freyer Wille, daß man uns Schaden zufüge, so können wir uns auch in der That über nichts beschweren, sondern müssen unserer eignen Schuld allen dadurch erhaltenen Nachtheil zuschreiben f).

Was thut aber derjenige anders, der weiß, daß seine Sache noch einmal so theuer ist, als er sie verkauft hat? Wem hat dieser den Schaden, den er dadurch gelitten, anders als sich selbst beyzumessen, und ist es deswegen wohl unbillig, daß er auch den Schaden, den er sich vorsetzlich zugezogen hat, selbst tragen müsse? Wir sehen hier nicht die geringste Unbilligkeit und Härte, und diese können uns auch die Gegner nicht zeigen, ob sie gleich aus dem Grunde der Billigkeit ihre Meynung zu vertheidigen suchen.

§. 3.

Man macht zwar von der Gegenseite wider die von uns vorgetragene und in den Gesetzen sich gründende Regel den Einwurf, daß solche nur auf zugefügte Injurien, keines-

weges

f) *L.* 145 *ff. de reg. iur.* Nemo videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt.
Cap. 27. *de reg. iur. in* 6. Scienti et consentienti non fit iniuria neque dolus.

weges aber sich auf unsern Fall passe. Allein dieser Einschränkung widerspricht so wohl der ganz allgemeine Ausdruck der Gesetze, als auch auch andere deutliche Verordnungen l), da jene Regel auddrücklich bey dem Kaufkontrakte angewendet worden ist. Denn sogar sagen die Gesetze, daß nicht nur derjenige, der etwas wisse und wolle, demjenigen gleich sey, der sein ihm zustehendes Recht erlasse m): sondern daß auch einer, der seine Sache wissentlich zu wohlfeil verkaufe, dem Käufer das übrige geschenkt zu haben scheine n).

§. 4.

So sehr redet alles dies zusammengenommen für unsere Meynung, so daß wir die Wahrheit derselben schon hieraus einsehen müssen, wenn wir auch gleich keine deutliche Ge-

l) *L.* 11. *C. de rescind. vend.* Venditor factum emtoris, quod eum tempore contractus latuit, post arguendo, non quod eo tempore scierit, quo id ageretur, et consensit, de dolo queri potest. *Confer. L.* 9. *C. de act. emt. vend.*

m) *L.* 1. §. 1. *in fin. ff. de act. emt. vend.* — Haec ita vera sunt, si emtor ignoravit servitutes, quia non videtur esse celatus, qui scit, neque certiorari debuit, qui non ignoravit.

n) *L.* 53 *ff. de reg. iur.* Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est. *L.* 38 *ff. de contr. emt. vend.* Si quis, donatiois causa, minoris vendat, venditio valet.

Gesetze anführen könnten. Aber hieran fehlet es uns auch nicht. So sagt nemlich das Gesetz o) deutlich genug, daß demjenigen nur bey einer im Kauf sich zugetragenen Verlezzung sollte zu Hülfe gekommen werden, der ohne Wissen in Absicht des Werths der Sache verletzet worden.

§. 5.

Ohne also weiter etwas hinzuzusetzen, müssen wir nur noch die gegenseitigen Gründe kennen lernen.

Die Ursache, weßwegen einige Rechtsgelehrte p) dem Verkäufer das *remedium L. 2. C. de rescind. vend.* auch alsdenn haben geben wollen, wenn er wissentlich die Sache unter der Hälfte des wahren Werths verkauft hat,

o) *L. 1. C. si maior fact. alien. rat. hab.* Cum proponas curatorem patris tui non interposito praesidis decreto praedium rusticum heredi creditoris, seu tutori eius destinasse venundare, eamque venditionem deceptum patrem tuum ratam habuisse. si minore pretio distractum est praedium, et *inconsulto errore lapsum* patrem tuum, perperam venditioni consensum dedisse constiterit, non abs re erit superfluum pretii in compensationem deduci, quod praesidis provisione fieri convenit, cuius solertiae congruum est, si diversa pars bonam fidem non amplectatur, in arbitrio eius ponere, an velit possessionem cum fructibus restituere, ita ut foenebris pecunia cum competentibus usuris restituatur.

p) *Fachineus* contr. iur. lib. 2. cap. 20. *Covarruvias* var. resol. lib. 2. cap. 4.

hat, scheinet hauptsächlich die zu seyn, weil theils gedachtes Gesetz ohne den Unterschied, ob der Verkäufer den Werth gewußt hat oder nicht, zu machen, generel redet: theils wenn man den von uns gemachten Unterschied zum Grunde legen wollte, dadurch das Gesetz selbst unwirksam gemacht werde, weil man doch immer vermuthe, daß der Verkäufer den Werth seiner Sache gewußt habe.

§. 6.

Allein diese Einwürfe schaden in der That unserer Meinung nicht. Lieget dieser Unterschied gleich nicht mit ausdrücklichen Worten in der *L.* 2. *C. de rescind. vend.*, so liegt er doch in der Natur der Sache selbst, wie wir oben schon gezeigt haben, ja er wird durch das von uns in der Note h) angeführte Gesetz nicht undeutlich unterstützt. Und wo haben wir denn, oder wo sagt es das Gesetz, daß ein Verkäufer den Werth seiner Sachen wissen müsse? Die Vermuthung ist zwar gegen den Verkäufer da, aber so lange noch nicht gewiß ist, daß er wissentlich seine Sachen zu wohlfeil verkauft habe, so lange wird ihm auch seine Unwissenheit nicht zum Schaden angerechnet, und er kann sich daher immer dieser Rechtswohlthat bedienen. Hiedurch fällt also die gegenseitige Besorgniß völlig weg.

§. 7.

Doch wir würden der Gegenseite gerne beypflichten, wenn sie uns entweder aus Gesetzen

setzen zu überzeugen, oder auch nur einen Grund anzugeben im Stande wäre, der uns irgend überführen könnte. Man gebe uns doch nur einen Bewegungsgrund an, wodurch ein Verkäufer veranlaßt werden kann, seine Sache mit Fleiß zu wohlfeil zu verkaufen. Keine bessere Absicht scheinet er uns wenigstens gehabt zu haben, als das übrige dem Käufer schenken zu wollen. Kann aber auch nicht, wirft hier uns die Gegenseite ein, oft eine dringende Noth die Veranlassung zu einem so wohlfeilen Verkauf gewesen seyn? Allein solle hierin der Grund des Verkaufs liegen, so würde dies nach der Meinung der Rechtslehrer, eine Ausnahme von jener Regel seyn, ob wir gleich an der Richtigkeit dieser Ausnahme zweifeln müssen q).

§. 8.

Schließlich sagt man nun noch, daß weil der Grund der *L.* 2. *C. de resc. vend.* nicht in einem Betruge oder Irrthum, sondern in einer Ungleichheit beruhe, welche durch einen solchen Kauf, worin einer über oder unter der Hälfte verletzt worden, entstehe, man auch eben so wohl wie bey einer Societät, wo auf einer Seite aller Vortheil, auf der andern aber

q) *L.* 12. *C. de rescind. vend.* Non idcirco minus venditio fundi, quod hunc ad munus sumtibus necessariis urgentibus, non viliore pretio, vel urgente debito te distraxisse contendis, rata manere debet.

aber aller Schade ist, einen solchen Verkauf rescindiren könne. — Wir geben es gerne zu, daß weder der Betrug noch Irrthum der Grund jenes Gesetzes sey; sondern daß solches in der Billigkeit fürnehmlich seinen Grund habe. Allein ist es denn auch wirkliche Billigkeit einen Verkäufer zu begünstigen, der mit Willen seine Sache zu wohlfeil verkauft, oder besser, verschleudert? und wollen denn die Gesetze auch solche begünstigen, die mit Fleiß das Ihrige auf eine solche Art wegwerfen? Das scheinet uns wider alle gesunde Vernunft zu laufen.

§. 9.

Eben so leicht ist auch die Beantwortung des Arguments, welches man von einer Societät hernimmt. Die Gesetze r) verbieten zwar ausdrücklich eine solche Societät einzugehen, wo einer allen Schaden und der andere allen Vortheil hat: allein eine Folge davon auf gegenwärtigen Fall herzuleiten, und daraus zu schließen, daß, wie ein solcher Vertrag bey einer Societät wegen der daraus entstehenden Ungleichheit verboten, eben so auch die Ungleichheit, welche bey einem solchen Verkaufe entstehe, untersagt sei, und daher derselbe auch rescindiret werden müsse, — ist in der That lächerlich, und verdient keiner Beantwortung. Ueberhaupt kann man nicht einmal behaupten, daß eine jede Ungleichheit unter

r) L. 29. §. ult. ff. pro socio.

unter den Societätsgenossen, in Absicht des zu theilenden Vortheils und zu tragenden Schadens, die Societät ungültig mache; und wenn das auch wäre, so beruhet der Societätskontrakt mehr auf Freundschaft und Zutrauen. Ja aus eben dem Grunde könnte man jeden Kauf, wo der Werth mit der verkauften Sache nicht in gleichem Verhältniße stehet, als ungültig anfechten, und eben daraus würde ferner folgen, daß niemand eine Sache theurer oder wohlfeiler verkaufen, keiner auch selbige theurer oder wohlfeiler einkaufen könne.

Hundert und zehnte Meditation.

Der Käufer kan, wenn er über die Hälfte des wahren Werths der gekauften Sache verletzt ist, den Kauf durch die L. 2. C. de resc. vend. rescindiren.

§. 1.

Ehe wir diesen streitigen Rechtssatz selbst untersuchen, müssen wir vorher bestimmen, wenn man sagen könne, der Käufer sey über die Hälfte verletzt. — Bey dem Verkäufer findet dies keine Schwierigkeit: denn hier ist die Sache klar, weil von dieser Seite immer eine Verletzung über die Hälfte da ist, wenn der Verkäufer für die verkaufte Sache nicht den hal-

halben wahren Werth bekommen hat; z. B. wenn er für eine Sache die 100 Thlr. werth unter 50 Thlr. erhalten hat. Aber desto schwieriger ist es, dies in Ansehung des Käufers zu bestimmen, denn hier sind die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt. Einige s), und dies ist die gemeinste Meinung, sagen, der Käufer sey erst alsdenn über die Hälfte verletzt, wenn er für eine gekaufte Sache noch einmal so viel mehr, als sie wirklich werth sey, gegeben habe, z. B. für eine Sache deren wahrer Werth 100 Thlr. ist über 200 Thlr. Andre t) aber behaupten, und so wie es uns scheint mit mehrerm Rechte, daß schon alsdenn eine Verletzung über die Hälfte da sey, wenn sie die Hälfte des bezielten Kaufpreises übersteige; und hiernach würde der Käufer über die Hälfte verletzt seyn, wenn er in dem vorhin angeführten Beyspiele, für eine Sache die 100 Thlr. werth gewesen ist, über 150 Thlr. bezahlt habe u). §. 2.

s) *Mevius* part 6. dec. 223. *Carpzov.* part. 2. const. 34. def. 24 *Schilter* ex 30. § 94. *Hannesen* Dis. de immodica laesione ejusque probatione §. 21. *Lienau* Dis. de natura et indole actionis, quae ob laesionem conceditur 1782. *Herrenschneider* Diss. I. & II. de enormis laesionis computatione 1784 & 1785. Höpfners Comm. üb. d. Inst. §. 870. S. 748.

t) *Cocceji* J. cont. Tit. de resc. emt. vend. qu. 4. *Darries* de interpretatione et extensione L. 2. C. de resc. vend. 1775.

u) Man kann hierüber folgende Streitschriften nach-

§. 2.

Man mag aber nun für eine Meynung annehmen, welche man will, so wird man nicht leugnen können, daß Fälle möglich sind, wo der Käufer entweder auf die eine oder andere Art im Kauf über die Hälfte verletzt werden könne. Und dann entsteht die Frage: kann der Käufer eben so, wie der Verkäufer, den Kauf rescindiren? diese Frage ist von den Rechtsgelehrten x) verschiedentlich beantwortet worden. Bey einer nähern Entwickelung derselben wird es sich aber zeigen, daß diejenigen den meisten Beyfall verdienen, die hier dem Käufer gleiche Rechte mit dem Verkäufer angedeihen lassen.

§. 3.

Wir brauchen nur, um uns davon zu überzeugen, die Gründe kennen zu lernen, aus welchen die Gegner dem Käufer jenes Recht abspre-

chen

nachsehen: *Ikstadt* de laesione ultra dimidium recte computanda. *Joh. Ulr. Cramer* de laesione enormi recte computanta. *Ikstadt* Schediasma apologeticuuu de enormi laesione recte computanda adversus Joh. Ulr. Cramerum. *Gehler* de laesione emtoris ultra dimidium recte computanda.

x) Es bejahen solche *Hahn* ad Wesenb. Tit. de resc. vend. n. 6. *Carpzov* part. 2. const. 34. def. 8. *Mevius* part. 3. dec. 192. n. 1. 2. *Schilter* ex. 30. §. 91. *Stryk* U. M. Tit. de resc. vend. §. 4. *Coeceji* J. C. eod. tit. qu 7. *Wernher* vol. 2. part 3. obs. 202. Hingegen verneinen solche *Cuiacius* observ. lib. 1. cap. 18. lib. 23. cap. 32. *Raber* error. prag, decad. 8. error. 7.

chen wollen. Die Schwäche derselben muß uns schon die Unrichtigkeit ihrer Meynung zeigen.

Wenn die *L.* 2. *C. de resc. vend.* blos von dem Verkäufer redet, so glaubt die Gegenseite um deswegen den Käufer ausschließen zu können, weil seiner keine Erwähnung geschehen, besonders da bey dem Käufer nicht die Billigkeit, worin doch eigentlich der Grund dieses Gesetzes liege, wie bey dem Verkäufer eintrete, der oft aus Noth gezwungen, seine Sachen verkaufen müsse.

§. 4.

Allein es wird uns nicht befremden können, daß jenes Gesetz, ob es gleich blos von dem Verkäufer redet, auch auf den Käufer gezogen werden müsse, wenn man nur erwägen will, daß jenes Gesetz als ein Reskript der Kaiser Diokletian und Maximinian nur blos der Person gedenken konnte, welche dieses Reskript veranlaßte. Hiebey aber stehen zu bleiben, verbieten uns die Regeln der Auslegungskunst, ja selbst die Gesetze y), nach welchen beyden man nicht blos auf die Worte, sondern auch auf den Sinn der Gesetze sehen muß; und nach welchen derjenige Schluß, wo ein und eben der Grund da ist, auch ein und eben die gesetzliche Verordnung eintreten muß, allemal richtig ist.

Daß wir aber auch hier diesen Schluß anwenden können, leuchtet schon daraus hervor, weil bey einem Kaufkontrakte Käufer und Verkäufer sich einander entgegengesetzt werden, und daher

y) L. 13 ff. de leg.

her auch so wie in andern Fällen, dem einen das Recht seyn muß, was dem andern Recht ist z).

§. 5.

Und so muß auch hier eben die Billigkeit, in Absicht des Käufers als Verkäufers eintreten, ja sie muß im Betracht des erstern noch weit stärker seyn. Von einem Verkäufer vermuthet man immer, daß er den Werth seiner Sache wisse, daher ist ihm auch immer mehr Schuld als dem Käufer beyzumessen. Denn wenn dieser sich auch in dem Werthe der Sache irret, so ist dies ein Irrthum in einer fremden Sache, welcher nicht schadet a). Sodann liegt der Grund des Gesetzes nicht in der Nothwendigkeit, worin der Verkäufer gesetzt werden kann, seine Sachen zu verkaufen, sondern vielmehr in der Verletzung selbst.

Wollten wir aber auch das annehmen, so können sich auch eben so leicht bey dem Käufer Fälle ereignen, da er genöthigt ist, eine Sache zu kaufen, als bey dem Verkäufer, solche zu verkaufen. Ist aber dieses, so kann man ihm auch nicht die Rechte absprechen, die dem Verkäufer zustehen.

z) L. 41 ff. de reg. iur. L. 22. §. 11. in fin. de recept. qui arb. recept.

a) L. 5. in fin. ff. pro suo.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

Verzeichniß

der bemerkten Druckfehler und einiger Verbesserungen im 2ten Bande der Meditationen.

Seite 26. Zeile 9. statt im l. in
" — " 5. von unten st. dem l. den
" 30. " 17. st Note u) l. x)
" 33. " 8. st. den l. die
" 37. " 1. in Note i) st. Nor. l. Nov.
" 38. " st. . setze , —
" — " st. Denn s. denn
" 40. " 9. st. sonders l. sondern
" 48. " 4. st. §. 3. l §. 9.
" 53. " 2. nach Zinsen fehlt: zu
" 61. " 9. nach ihm fehlt: die
" 66. " 5. in Not. h) *Wornher* l. *Wernher*
" 67. " 11. st. L. 110. l. L. 40.
" 69. zur Note l) Köchy Meditationen 1. B. Nr. 17. S. 226.
" 70. Zeile 6. von unten nach Plaz fehlt: setzt
" 73. " 2. st. novatiorum l. novationum
" 82. " 9. st. bei diesem l. bei diesen
" — " 8. st. Unberdem l. Ueberdem
" 84. " 2. von unten nach fidei fällt der Comma weg
" 85. " 17. st. ostentis l ostendis
" 98. " 2. st. nun. l. nur
" 108. " 12. st. weitere l. weiter
" 112. " 8. st. exeptio l. exceptio
" — " 1. in Note r) *Berlich* l. *Berlich*
" 117. " 1. nach nicht fehlt: eher.
" 142. " 12. st. §. 4. l. §. 2.

Seite 151. Zeile 1. im §. 9. ſt. Not. m. l. Not. n.
„ 159. „ am Ende des §. 1. für §. 5. l. §. 2.
„ 160. „ 4. in Note t) ſt. nr. 5. l. nr. 4.
„ 162. „ 5. in der Note ſt. Not. v. l. Not. p.
„ 166. „ 6. in Note c) ſt. Not. v. l.
„ 167. „ 5. ſt. von l. vor
„ 169. „ 6. ſt. allen l. alle
„ 172. „ 2. von unten fällt obſ. 39. weg
„ 175. „ 18. ſt. wollen l. wollten
„ 179. „ 9. ſt. ſelbigen l. ſelbige
„ 181. „ 7. des fällt einmal weg
„ — „ 9. ſt. ſie l. er
„ — „ 10. ſt. ihr l. ſein
„ 187. in Not. p) ſt. Nov. 8. Nov. 18.
„ 188. Zeile 8. vor Eltern fehlt: den
„ — „ — ſt. Pflichtheile l. Pflichttheil
„ 189. „ 23. ſt. portionionis l. portionis
„ 190. „ 1. nach unicum muß ein Komma ſtehen.
„ — „ — ſt. ſes, cuncia l. ſeſcuncia.

Die, etwa noch in den folgenden Bogen befindlichen, Druckfehler, haben wir hier nicht mit bemerken können, weil jene uns zur Durchſicht zu ſpät zugeſchickt ſind.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Overbeck, August Wilhelm, 1747-1817

Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien

Bd.: 2

Braunschweig [u.a.] 1796

J.rom.m. 385 m-2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10627112-4
VD18 80255558-001